

في

الأموال

المنقولات والعقارات . الملكية على اختلاف أنواعها .
الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة. وسائل اكتساب الحقوق العينية .
وضع اليد والتقادم . الشفعة وأحكامها . شرح قانون التسجيل
الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ . الخ الخ

تأليف

الدكتور عبد السلام ذهني بك

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور فى الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية والاقتصادية)
محام لدى محاكم الاستئناف

الجزء الثانى

مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر
١٣٤٤ هـ — ١٩٢٦ م

الحاضر لم تنتقل اليـه اليد بمعرفة ورضاء يد الاول . بل هو وضع يده بمحض ارادته على غير سبق اتفاق وتراض ودون أن يكون بين الاثنين رباط قانونى ملزم . ولما تنازعا فى اليد وأى اليدين أصح من الاخرى قضى للثانى دون الاول . والقضاء بصحة يد نفى لصحة اليد الاخرى[١]

٣. — واذا فرض وجاء واضع اليد وباع العقار تحت شرط فاسخ ، أى يفسخ العقد اذا لم يدفع له المشترى الثمن . واستلم المشترى العقار ووضع يده عليه زمناً ما . ثم لما لم يدفع الثمن فسخ العقد ورد العقار الى البائع واستلمه هذا الاخير . اذا حصل ذلك وجاء المالك الحقيقى[٢] ورفع دعوى تثبيت الملكية على واضع اليد الحاضر فهل يجوز لواضع اليد هذا أن يضم الى وضع يده الحاضر مدة وضع يد المشترى منه أثنـاء تحقق شرط الفسخ ؟ يجوز ذلك لانه بتحقق الشرط يرجع العقار للبـائع ويزول كل ما ترتب على عقد البيع . بمعنى أن البائع يعتبر أنه لم يزل واضعاً يده، وأن يد المشترى كانت يداً نيـابيـة عن البـائع . وذلك كله يرجع للأثر الرجعى لنظرية الشرط الفاسخ[٣]

٤ . — واذا فرض أن زيداً غاصب لعـقار ، ثم جاء وقرر حق انتفاع عليـه لبكر ، وجاء المالك الحقيقى ورفع دعوى طلب فيها تثبيت ملكيته للعقار ، فدفع بكر المنتفع الدعوى بالتقـادم وضم الى مدته مدة من ملكه حق الانتفاع وهو زيد ، صح هـذا الدفع لان بكراً خلف لزيد ، ولأن زيداً قد سبق له ووضع يده أيضاً على العقار باعتباره مالـكا له ، أى مالـكا لحق الرقبة التى احتفظ بهـا ولحق المنفعة التى تنازل عنها الى بكر

٥ . — واذا كان لمالك واحد قطعتا أرض وقرر لاحداهما على الاخرى ارتفاقات وهما فى يده ثم باعهما الى شخصين ، فلا يجوز لصاحب الارض المرتفقة

---

(١) كابتان ص ٨٩٢ (٢) Verus dominus
(٣) الالتزامات ص ٥٧١ ن ٦٠١ وما بعدها

عند حساب مدة التقادم أن يضم الى مدته مدة مملكه ، لان حالة الارتفاق هذه ليست ارتفاقاً بالمعنى القانونى عنـد ما كانت القطعتان تحت يد مالك واحـد ، اذ القاعدة المعروفة أنه لا يجوز أن يكون للانسان ارتفاق على ملكه [1]

٦. — هذه هى الآراء التى يمكن أن تقال فى مثل هذا الصدد . ولقد سبق للرومان ان أبلوا فى حل هذه المسائل المختلفة بلاء حسناً وكانت عدتهم فيها المنطق والعدالة ، كما أيد ذلك بحق المشترع الرومانى سيفولا [2]

وبناء على ذلك لا نرى أن التعميم بالمادة المصرية فى محله . وكذلك التخصيص بالمادة الفرنسية ليس فى محله أيضاً . وانما محل الضم كلما وجدت رابطة قانونية بين الشاغل السابق للعقار والشاغل الحاضر له

هذا وفوق ما تقدم فان المادة ٧٨/١٠٤ مدنى و٢٢٣٤ تقرر ما يأتى : «من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة وكان واضعاً يده عليها فى الحال فالمتوسط بين المدتين يعتبر وضع يد له ما لم يثبت ما ينافى ذلك »

§ ٣ — الشرط الثالث : قطع التقادم

٣٦١ — قطع المدة فى التقادم [3] الاعمـال تقضى على المدة السابقة عليها وتجعلها فى حساب مدة التقـادم كأنها لم تكن . أو هى الاعمـال التى تبطل مفعول وضع اليد الصحيح الممهد للتملك بالتقادم [4] لان وضع اليد الذى يتمكن به الشاغل للعقار من التملك بالتقادم هو ما لم تعتوره مطالبة بالعـقار من جانب المالك الحقيقى . ويوجد نوعان لقطع التقادم : قطع طبيعى [5] وهو مايحصل بسبب عدم وضع اليد ، وقطع مدنى [6] وهو ما يحصل بالمطالبة بالعقار بمعرفة المـالك (المادة ٢٢٤٢ فرنسى وهى عامة) وسواء كان القطع طبيعياً أو مدنياً فان الاثر فيهما واحد وهو جعـل المدة السابقة عليـه فى حكم الزوال وكأن لا

---

(١) استئناف م ٦ يونيو سبة ٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٧٨ عدد ٣٦٦
(٢) Scévola (٣) Interruption (٤) كابتان ص ٨٩٢
(٥) Int. naturelle (٦) Int. civile

مفعول لها . ويجوز بوجه عام لواضع اليد أن يعيد يده من جديد بمدة جديدة تمهيداً لتقادم جديد لا تبتدئ مدته الا من وقت حيازته للعقار حيازة جديدة ما دام أن المدة السابقة قد ضاعت عليه . وفى ذلك تقول المادة ٨١ / ١٠٩ مدنى وليس لها مثيل بالقانون الفرنسى ما يأتى : « اذا انقطع التوالى فى وضع اليد فلا تحتسب المدة السابقة على انقطاعه »

وأسباب القطع طبيعياً كان أو مدنياً واردة بالمـادة ٨٢ / ١١٠ مدنى على سبيل الحصر لا على سبيل التمثيل[1]

٣٦٢ — ١) القطع الطبيعى : وهو الضياع الفعلى لوضع اليد الشاغل للعقار. وتقول فى ذلك المادة ٨٢ / ١١٠ مدنى بالفقرة الاولى ما يأتى : « تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد اذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى . . . . . » وتقول المادة ٢٢٤٣ الفرنسية المقابلة لها ما يأتى : « يعتبر أن هناك قطعاً طبيعياً اذا حرم واضع اليد مدة اكثر من سنة من الانتفاع بالشىء ، اما بسبب المالك القديم أو بسبب فعل الغير » وهذه العبارة « مدة اكثر من سنة » لم ترد بالمادة المصرية ، وفى ورودها بالمادة الفرنسية اشارة الى المادة ٢٣ مرافعات فرنسى التى اشترطت فى قبول رفع دعاوى منع التعرض أن ترفع هذه الدعاوى فى ظرف السنة التى حصل فيها التعرض ، وبشرط أن يكون قد مضى على واضع اليد سنة أيضاً .أى لا بد من اثبات مضى سنة على وضع يد الشاغل للعقار ، وأن لا يكون قد مضت سـنة على التعرض من وقت حصوله . فمن وضع يده أقل من سنة وحصـل له تعرض لا تقبل منه دعوى التعرض . ومن وضع يده سـنة وحصـل له تعرض ورفع الدعوى بعد مرور سـنة على التعرض ، فلا تقبل دعوى التعرض . فكأن دعوى منع التعرض تسقط بمضى سنة من وقت حصول التعرض ، ولا تقبل اذا

---

(١) مصر ١٤ نوفبر سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٤ ص ٩٤ عدد ٥٦ ، مرجع ص ٤٠٠ ن ١٤٧٣ — عكس ذلك مناغه جزئى ٢ مايو سنة ٩٢ ح ٩ ص ١٤٩ ، مرجع ص ٣٩٩ ن ١٤٦٩ وهذا الرأى الاخير غير صحيح

كانت مدة وضع يد المدعى أقل من سنة . أما الشارع المصرى فقد قرر سنة ١٨٧٥ بالمادة ٢٩ مرافعات مختلط المعدلة بقانون رقم ٢٣ سنة ١٩١٣ بالفقرة الرابعة منها بأن دعاوى وضع اليد لاتقبل الا ممن مضت على يده سنة ، وأن ترفع الدعوى فى ظرف سنة من وقت التعرض ، وهو نفس مانص عليه الشارع الفرنسى . ولكن الشارع الاهلى قرر بالمادة ٢٦ بالفقرة الثالثة مرافعات المقابلة للمادة ٢٩ المختلطة بضرورة رفع دعوى التعرض فى ظرف سنة من وقت التعرض، ولم يشترط كما اشترط القانون الفرنسى والمختلط أن يكون قد مضت سنة على وضع يد المدعى . فالقوانين الثلاثة متفقة على ضرورة رفع دعوى منع التعرض فى ظرف سنة من وقت التعرض . واتفق منهما اثنان الفرنسى والمختلط ، على ضم شرط ثان وهو سبق مضى سنة على رافع الدعوى . وانا لا نفهم شذوذ الشارع الاهلى فى هذه الحالة وعدم نصه على شرط السنة بالنسبة لرافع الدعوى ، مع ان مصدر التشريع لديه هو الفرنسى والمختلط وهما صريحان . وان صح القول بصعوبة الاخذ بشرط هذه السنة بالقانون الاهلى مع السكوت عنه به، لانه من المخاطرة باصول التفسير ، لما فيه افتئات على الشارع ورغباته ، الاخذ بعدد لم يقل بها ، أخذاً من طريق التشبيه والتمثيل[1] الا انا نلمح من اتفاق القوانين الثلاثة على شرط عدم مرور سنة على التعرض ان الشارع فيها وهى الثلاثة أراد من جعل دعوى منع التعرض تتقادم بسنة، ان يحمى المتعرض اذا مضت على يده هو الآخر سنة من وقت التعرض . فاذا لم تمض سنة على المتعرض فلا يحميه القانون ، بل يجوز رفع الدعوى عليه . وعلى هذا التحليل تسقط الدعوى عن المتعرض بعد سنة ، وتقبل ضده فى ظرف سنة . فاذا مضت سنة جاز له أن يرفع دعوى التعرض على من يتعرض له ، لان يده أصبحت شرعية بحكم القانون ، شرعية بنسبة وضع اليد فقط ، وربما تكون غاصبة بالنسبة لغير وضع اليد كالملكية . واذا لم تمض سنة على تعرضه فلا تقبل منه دعوى منع التعرض فيما اذا تعرض له متعرض ، سواء أكان المتعرض هو واضع اليد الاصلى

(١) مرافعات الدكتور أبو هيف بك طبعة ثانية ص ٣٥٦ ن ٤٦٧

أم متعرض أجنبى ، لان يده على العقار لما تصبح شرعية بعد . ولان شرعية اليد متوقفة على مضى السنة ولما تمض بعد . فاليد حينئذ غير شرعية . وعدم شرعيتها واحد بالنسبة لمن يتعرض لها سواء كان المتعرض هو نفس واضع اليد الاصلى ، أو أى شخص آخر . لان اليد لاتتجزأ فى هذه الحالة فتكون غير شرعية بالنسبة لواضع اليد الاصلى ، وشرعية بالنسبة للاجنبى . وبهذا التحليل الذى أوردناه نستطيع الاخذ بالرأى القائل بضرورة شرط مضى سنة على وضع اليد ، وعلى الاخص اذا راعينا الاعتبارات العملية التى اتبعها الآخذون به [1]

رأينا ان المادة الفرنسية ٢٢٤٣ مدنى متفقة فى مبادئها « مدة أكثر من سنة » مع المادة ٢٣ مرافعات فرنسى التى اشترطت أن يكون قد مضت سنة على رافع دعوى منع التعرض . ورأينا أن الشارع المختلط قرر بالمادة ٢٩ مرافعات ما قررته المادة ٢٣ مرافعات فرنسى . وكان يلزم على ذلك حتما على هذا الشارع المختلط أن يقرر بالقانون المدنى بالمادة ١١٠ المقابلة للمادة ٢٢٤٢ فرنسى نفس ما قررته هذه المادة الاخيرة من ضرورة مرور أكثر من سنة على واضع اليد من وقت حصول التعرض من المالك الحقيقى ، حتى يقال أنه هناك قطعاً للتقادم . فهل يستفاد من عدم ذكره لهذه العبارة « مدة أكثر من سنة » انه خالف القانون المدنى الفرنسى ، مع أنه من المحتم أن يكون هناك تلازم بين المادتين ٢٢٤٣ مدنى فرنسى و ٢٣ مرافعات فرنسى ؟ ان هذا التلازم الحتمى لا بد أن يكون موجوداً أيضاً بين المادتين ١١٠ مدنى مختلط و ٢٩ فقرة رابعة مرافعات مختلط ما دام أن القانونين الفرنسى والمختلط قد اشتركا فى شرط مضى سنة على وضع يد رافع دعوى منع التعرض ، وهذا الشرط أساسى بقانون المرافعات فى دعوى وضع اليد بفرنسا وبالمختلط باعتبار أن قانون المرافعات فى هذه الحالة يعتبر الاساس الذى يرجع اليه ، أى أن القانون المدنى يتبع قانون المرافعات فى دعاوى وضع اليد التى وردت بهذا الاخير دون الاول . وعلى ذلك يجب اعتبار عدم ورود عبارة «مدة أكثر من

(١) مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد طبعة ثانية ص ٣٣٢ — ٣٣٤

سنة » بالقانون المدنى المختلط سهواً من الشارع يجوز تصحيحه عند المفسرين . أو أنه تعمد عدم ذكره العبارة حتى لا يدخل فى تفصيل التفرقة بين دعاوى وضع اليد بوجه عام والتى يجب ان تشترط فى رفعها سبق وضع اليد مدة سنة ، ودعوى رد الحيازة التى لا يشترط فيها هذا الشرط كما قالت بذلك المادة ٢٩ مرافعات مختلط بالفقرة الرابعة وما أطلقت به المادة الاهلية ٢٦ فقرة ثالثة مرافعات من عدم اشتراط مضى سنة على وضع يد رافع الدعوى — لم يرد الشارع ذلك وربما كان متأثراً بالخلاف القائم عند رجال الفقه بفرنسا بشأن دعوى رد الحيازة وما اذا كان يجوز رفعها من الحائز الذى لم تمض سنة على حيازته ، لان الشارع الفرنسى لم يفرق بالمادة ٢٣ مرافعات بين دعاوى وضع اليد بوجه عام واشتراط السنة لها ، ودعوى رد الحيازة وعدم اشتراط سنة لها ، بل أطلق مادته اطلاقا فجعل شروط السنة متمشياً على دعاوى وضع اليد بوجه عام من غير تفرقة له بين أنواعها

وسواء تعمد الشارع المختلط عدم ذكر العبارة « مدة أكثر من سنة » للسبب المتقدم ، أو كان سبب عدم ذكرها يرجع لسهو منه ، فانه من المحتم أن تكون المادة ١١٠ مدنى مختلط متفقة تماماً مع المادة ٢٩ مرافعات فقرة ٤ مختلط

ولما جاء الشارع الاهلى كان ينقل أغلب نصوص المواد المختلطة بغير حساب فنقل المادة ١١٠ مدنى مختلط وجعلها الفقرة الاولى من المادة ٨٢ مدنى أهلى ، ثم المادة ١١١ مدنى مختلط وجعلها الفقرة الاخيرة لنفس المادة ٨٢ مدنى أهلى

وعلى ذلك لا نستطيع القول هنا بأن الشارع الاهلى تعمد عدم ذكر شرط مضى السنة على وضع اليد الحائز للعقار . نقول ذلك حتى يكون حكمه فى هذا الشأن مؤتلفا مع حكمه الذى قرره بقانون المرافعات بالمادة ٢٦ فقرة ٣ . وكل ما فعله انما هو نقل النص المختلط نقلا من غير بحث وتمحيص

وبما أننا رأينا الاخذ بضرورة شرط السنة على وضع يد رافع دعوى منع التعرض على خلاف المذهب المعارض الذى قال بعكسه ، فاننا نقول هنا بضرورة

الاخذ بشرط السـنة أيضاً بالمادة ٨٢ مدنى أهلى . أى أننـا لا نعتبر بأن هناك قطعاً طبيعياً لوضع اليـد المرشح للتملك بالتقادم الا اذا مضت سـنة على تعرض المالك الحقيقى لواضع اليـد وطالما أن السـنة لم تمض على هذا التعرض فلا يقال بأن هناك قطعاً طبيعياً ، لان واضع اليـد الذى حصل له التعرض يملك فى ظرف السنة من تاريخ حصول التعرض له رفع دعوى منع التعرض الحاصل له من المالك الحقيقى أو غيره.[1]

هذا ولا بد من ابداء ملاحظتين

٣٦٣ — الملاحظة الاولى : ينتج من المـادة ٧٦/١٠٢ مدنى و ٢٢٢٩ فرنسى أنه لا يصح وضع اليد ولا يعتبر مفيد أو ممهداً للملـكية بالتقادم ، اذا كان متقطعاً غير مستمر . ولا يوجد فى القانون نص يقول بأن التقطع فى وضع اليد وعدم استقرار الاستمرار فيه يجب أن يزيد عن سنة . فاذا كان لا يوجد بالقانون مثل هذا النص فكيف استطاعت المادة ٢٢٤٣ مدنى فرنسى التى شرحناها وأخذنا بها ، أن تقرر هذه القاعدة فى أن شائبة التقطع يجب أن تكون مدتها أزيد من سنة حتى تعيب وضع اليد وتشوبه وتجعله غير مفيد ؟ الحقيقة ان المادة ٢٢٤٣ لم تقرر هذه القاعدة مطلقاً . وكل ما قررته انما هو الاشارة الى زوال وضع اليد عن الحائز للعقار زوالا حاصلا بفعل الغير[2] . وأما ما قررته المادة ٧٦ مدنى مصرى المذكورة فهو عن زوال وضع اليد عن الحائز زوالا بفعل واضع اليد نفسه . أى ان التقطع المقصود بالمادة ٧٦ مدنى هو الحاصل من نفس واضع اليد ، اذ يضع يده تارة ثم يرفعها أخرى . وأما المادة ٢٢٢٩ فهى خاصة بالتعرض الذى يحصل من الغير لواضع اليد . واذا حصل التقطع بفعل واضع اليد نفسه وأزال بفعله هو يده عن العقار ، فانما يكون قد أراد بذلك أن تنصرف نيته عن وضع اليد وترتفع عنه . ويترتب على ذلك زوال وضع اليد تماماً بما انه أراد ذلك . وعلى العكس من ذلك فيما اذا كان رفع اليد أو قطع التقادم حاصلا بفعل الغير ، فانه لا يترتب على هذا الزوال انصراف نية واضع

(١) كابتان ص ٨٩٣

(٢) Tiers

اليد عن وضع اليد، ولذا يجب أن يطول قطع التقادم هذا حتى يزول حق واضع اليد فى الاستفادة من دعاوى منع التعرض. ولا يزول هذا الحق الا بعد مضى سنة كما رأينا، أى لا تظهر رغبته بالتخلى عن العقار وتتبين نيته برفع يده عنه الا بعد مضى سنة على التعرض [1].

٦٣٤ — الملاحظة الثانية : يتبين من تقريب المادة ٢٢٤٣ مدنى فرنسى من المادة ٢٣ مرافعات فرنسى ومن اتصالها ببعضهما البعض، ومن اتصال المادة ٨٢ فقرة ١ / ١١٠ مدنى بالمادة ٢٦ فقرة ٣ / ٢٩ فقرة ٤ مرافعات، ان القاعدة المقررة بهذه المواد لا تتعلق الا بالعقارات فقط، لان دعاوى وضع اليد لا تسرى الا على العقارات دون المنقولات. وعلى ذلك يجوز أن يحصل قطع التقادم فى المنقولات، ذلك التقادم الذى سيأتى ذكره بعد، فيما اذا خرج المنقول عن حيازة حائزه وظل بعيداً عنه مدة يمكن معها القول بزوال يده عنه زوالا لا علاج له فيه

٦٣٥ — فى القطع المدنى : قررت المادة ٨٢ فقرة ٢ / ١١١ مدنى ما يأتى :— « وتنقطع المدة المذكورة أيضاً اذا طلب المالك استرداد حقه [2] بأن كلف واضع اليـد بالحضور للمرافعة امام المحكمة [3] أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسـمياً [4] مستوفياً للشروط اللازمة [5] ولو لم يستوف المدعى دعواه [6] انما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى المدة » [7]

وتقول المادة ٢٢٤٤ مدنى فرنسى ما يأتى : « ويحصـل القطع المدنى برفع الدعوى أمام القضاء والتنبيه بالرد أو الحجز [8] اذا أعان ذلك كله الى من يراد منعه من التقادم » وتقول المـادة ٢٢٤٨ مدنى فرنسى ما يأتى : « يحصـل قطع التقادم باقرار المدين بالحق، أو باقرار واضع اليد بالحق اقراراً صادراً من الواحد منهما لصاحب الحق الذى يسرى التقادم ضـده » والمادة الفرنسية الأولى تحكى

---

(١) كابتان ص ٨٩٣ (٢) Revendiqué (٣) Citation en justice
(٤) Commandement (٥) Regulier en la forme
(٦) Pas donné suite (٧) Périmer l'instance (٨) Saisie

المادة ٥٢ المصرية والمادة الثانية تقرر قاعدة عامة . وعلى ذلك يحصل القطع بواحد من اثنين ، اما عن طريق التقاضى بالقضاء [١] من قبل المالك ، وأما عن طريق الاقرار [٢] من قبل واضع اليد ، اقراراً ينم عن الاعتراف بحق المالك فيما كان محلا للتقادم . واذا ما صدر هذا الاقرار زالت معه نية التملك لدى المقر [٣] . وربما يعتبر الاقرار فى هذه الحالة قطعاً طبيعياً أكثر من اعتباره قطعاً مدنياً . وأما التخاصم للقضاء [٤] أو المطالبة بالشيء أمام المحاكم [٥] من قبل المالك فانه لايترتب عليه فى الحال لا زوال مادة الشيء [٦] ولا زوال نية التملك بوضع اليد . انما يترتب عليه قطع التقادم لاسباب ترجع للعدالة ولاعتبارات عملية لاحتمال أن يطول أجل نظر الدعوى حتى ينتهى الفصل فيها ، لانه لايجوز أن يتم التقادم والخصومة قائمة [٧] . هذا ومما قررته الشرائع الحاضرة ان الاحكام مظهرة لا مثبتة أخذاً بما قرره أيضاً فقهاء الشريعة الاسلامية [٨] . بمعنى ان للحكم أثراً رجعياً حتى يصل الى وقت رفع الدعوى [٩]

٣٦٦ — ١) فى المطالبة القضائية [١٠] : للمطالبة القضائية من المالك ضد واضع اليد أثر فى قطع المدة على هذا الاخير فقط اى أثر نسبي ، بخلاف القطع الطبيعى بمعنى انه لايجوز التمسك بالقطع المدنى الحاصل من طريق التقاضى الا ضد من رفعت عليه الدعوى أو ضد خلفائه [١١]

وأما الاعمال التى يحصل بها القطع القضائى فهى الدعوى والتنبيه والحجز . والتنبيه والحجز خاصان بالتقادم المسقط فلا شأن لنا بهما الآن [١٢] وانما نحصر القول هنا فيما يتعلق بالدعوى

---

(١) Interpellation (٢) Reconnaissance
(٣) Animus sibi habendi (٤) Interpellation
(٥) Réclamation judiciaire (٦) Corpus (٧) Intra morus litis
(٨) كتاب ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة سنة ١٣٢٥ . — كتابنا فى الالتزامات ص ٥٠٣ ن ٥٦١ وما بعدها (٩) كابتان ص ٨٩٤ (١٠) Interpellation
(١١) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٥١٢ (١٢) الالتزامات ص ٤٩٦ ن ٥٠٣ وما بعدها . — انما يجب ان يلاحظ بان الغرض من التنبيه Commandement هو التنبيه بالوفاء تنفيذا لحكم أو لعقد رسمي . وكذلك الحجز اذ يراد به الحجز التنفيذى

فما هى اذن الآثار المترتبة عن رفع الدعوى بالنسبة للتقادم من حيث القطع ؟ هناك مسألتان : (١) ما هو المقصود من الدعوى ؟ — (٢) متى تعتبر الدعوى ذات أثر فى التقادم ؟

٣٦٧ — المسألة الاولى : المقصود من رفع الدعوى : تعددت فى هذا الشأن مسائل خلافية بت القضاء فيها من جانب والقانون من جانب آخر

١ . — هل يجب فى الدعوى أن تكون قد أعلنت فعلا للخصم حتى يترتب عليها قطع للمدة ؟ أجاب القضاء الفرنسى بالسلب[١] ذلك لان غرض القانون أن لا يضار المدعى بسبب بطء الفصل فى الخصومة . ومتى تقرر ذلك وجب عليه أن يحصل القطع بمجرد ان بدأ المالك فى دعواه

٢ . — هل الدعوى المستعجلة تعتبر فى حكم الدعوى العادية السابقة ؟ لا تعتبر كذلك اذا لم تتوجه فيهـا على الاقل طلبات فى الموضوع[٢] واقتصر فيها فقط على مجرد طلب احتياطات تحفظية[٣]

٣ . — والمراد بالدعوى المخاصمة امام القضاء وطلب الحكم بالحق سواء كانت الدعوى أصلية أوفرعية أودعوى الخصم الثالث[٤]. وعلى ذلك فلا يعتبر الانذار

---

(١) د ، ٩٥ ، ٢ ، ٦٣ (٢) Conclusions au fond

(٣) Mesures conservatoires د ، ٨٣ ، ١ ، ٣٧٣ — س ، ٨٤ ، ١ ، ٤٩ — ومقال لابيه Labbé وكذلك دعوى الحراسة لا تعتبر قاطعة للتقادم فى بعض الظروف : استئناف ٣٧ ديسمبر سنة ٩١٣ ش ، ١ ص ١٨٤ عدد ٣٣٠ . مرجع ص ٤٠١ ن ١٤٧٨ (وملخص الحكم مضطرب واسبابه غير واضحة) — واعلان الدعوى الذى يقطع المدة هو الاعلان الصادر من صاحب الحق المهدد بالسقوط بالتقادم الى خصمه الذى يدفع بهـذا السقوط ويتضمن الاعلان المطالبة بهذا الحق . وان الدعوى المستعجلة حتى ولو كانت مرفوعة من صـاحب الحق المهدد بالسقوط ولا تتضمن المطالبة بنفس الحق بل تكون قاصرة على اجراءات وقتيـة تمهيداً للحق المذكور كدعوى اثبات الحالة مثلا لا تقطع المدة : بنى سويف ٢ يونيو سنة ٩١٤ ح ٣١ ص ١٩. مرجع ص ٤٠١ ن ١٤٧٩

(٤) استئناف ٢٥ يناير سنة ٩١٦ ش ٣ ص ٧ ٤ عدد ١٢٨ — والحجز الامتيـازى الموقع بواسطة الادارة بقطع التقادم : استئناف ١٧ مارس سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢١٨ عدد ٢٣٢ — مرجع ص ٤٠٣ ن ١٤٨٥ ويرى القضاء أن رفع الشكوى فى مسائل التركات الى بيت المال يقطع المدة القانونيـة لسقوط الحق لانه حصل لجهة مختصة فى هذه المسائل بخلاف الشكوى للجهات الادارية غير المختصة فانها لا تقطع المدة : استئناف ٢ يناير سنة ٩٦ ح ١١ ص ١٤٢ ، مرجع

على يد محضر أو بخطاب بسيط قاطعاً للتقادم[١]

٤. — وما القول بشأن المقاضاة أمام محكمة الخط لاجل الصلح[٢] ؟ المقاضاة بالصلح أمام محكمة خط أمر اجبـارى على المدعى فيما اذا كانت الدعوى كليـة فقط[٣] واختيارى فى غـير ذلك . ويترتب على هـذه القاعدة أن رفع الدعوى أمام محكمة الخط للصلح أمر قاطع للمدة . لان رفع الدعوى أمامهـا على سبيل الصلح يعتبر فى ذاته من أعمال رفع الدعوى بالذات

٣٦٨ — المسألة الثانية : متى تعتبر الدعوى ذات أثر فى قطع المدة : لا أثر للدعوى من حيث القطع فى الاحوال المبينة بالمـادة ١٢٤٧ مدنى فرنسى وحكمها عام وهى :

١ . — اذا كانت عريضـة الدعوى[٤] باطلة شكلا[٥] . ولـكن كيف يمكن التوفيق بين هذه القاعدة والقاعدة الاخرى المقررة بالمادة ٢٢٤٦ مدنى فرنسى

ص ٤٠٣ ن ١٤٨٦ (وهو محل نظر) — ومضى المدة لا ينقطع باعمال ادارية بسيطة كطلب المساعدة القضائيـة أو بأعمال الغرض منها الحصول على أوراق أو مستندات قضائيـة : مجموعة المذكرات والمنشورات للجنة المراقبة القضائية عدد ٤٦، مرجع ن ١٤٨٦ ، ٢٠ ديسمبر سنة ٩٠٠، ١٣ ، ٦٣ . ولـكن برغم ذلك يقول القضاء بانه وان كان طلب المعافاة من الرسوم غير معتبر من الاوراق القضائية القاطعة لمدة سقوط الحق بالتقادم الا أنه اذا كان طالب المعافاة مشتملا على جميع تفصيلات الدعوى وقد علم به المدعى عليه فى وقت لم تتم فيه مدة التقادم وجاء على أثره بوقت غير طويل اعلان الدعوى الذى يقطع التقادم بطبيعته ، فان هذه الظروف تمنع التمسـك بالتقادم : استئناف ٢٠ مارس سنة ٩١٩ ج ٣٤ ص ١٦٤ ، مرجع ص ٤٠٢ ن ١٤٨٠

(١) استئناف ١٨ ابريل سنة ٩٢٢ م ٣ ص ٧٢ عدد ٤١ ، مرجع ص ٤٠٠ ن ١٤٧٤ — مرجع ١٤٧٠ . وذلك كله لان أسباب القطع الواردة بالمادة ١١٠/٨٢ مدنى جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل التمثيل

(٢) Citation en conciliation (٣) المادة ١٩ من قانون رقم ١١ سـنة ٩١٢ المعدلة بالمادة ١١ من لائحة ١٥ مايو سنة ٩١٣ المقررة بقانون رقم ١٧ سنة ٩١٣ — مرافعات الدكتور أبو هيف بك ص ١٨٢ ن ١٨٢ — راجع مع ذلك مرافعات الدكتور عبدالفتاح بك السيد ص ٦١ ن ٦٤

(٤) Assignation (٥) Nulle pour défaut de forme

وهى القائلة « بأن رفع الدعوى أمام قاض غير مختص قاطع للتقادم » ؟ (ويجرى القضاء المصرى فى أغلب غالبه على الأخذ بهذه المادة [١] ومن النادر جداً أن لا يأخذ بها) اذ كيف تعتبر العريضة الباطلة شكلا مانعة من القطع، بينما التقاضى أمام محكمة غير مختصة ، أى بطلان العريضة ايضاً ، غير قاطع ؟ السبب فى هذا الاختلاف يرجع الى أنه لما كانت مسائل الاختصاص من المسائل الدقيقة التى يدق على المتخاصمين الالمام بها على حقيقتها ، فانه لا يصح أن يصبحوا مسئولين عما يقع من الاغلاط فيها بعرائض الدعاوى . ولكن اذا راعينا هذا التعليل كان من الواجب أيضاً أن يقال مثل ذلك بشأن العيوب الشكلية التى تشوب عريضة الدعوى ، أخذاً بالعدالة فى الحالتين . لان العيوب الشكلية هذه على اختلاف انواعها ليست من عمل الخصوم انفسهم بل من عمل من يتولى الوكالة عنهم من حملة القانون [٢]

٢ . — لا قطع مع بطلان المرافعة . فاذا ترك المدعى دعواه [٣] ثلاث سنوات جاز للخصم رفع دعوى يطلب فيها بطلان المرافعة [٤] (المادة ٣٠١ — ٣٤٤ مرافعات و٤٠٢ و٤٠٣ فرنسى) ويترتب على الحكم بالبطلان زوال عريضة الدعوى وما كان لها من الآثار القانونية المترتبة عليها [٥]

٣ . — ويزول أثر الدعوى ولا قطع فيها اذا تنازل صاحب الدعوى عن الدعوى سواء كان التنازل خاصاً بالعريضة فقط والاجراءات أو كان شاملا للحق فى ذاته (المادة ٣٠٥ / ٣٤٨ مرافعات)

٤ . — واذا حصل القطع برفع الدعوى فهو يزول بالحكم فيها بالرفض [٦] . وما كان هناك محل للاخذ بهذا القول ما دام أن للمدعى عليه حق دفع الدعوى الجديدة قبله بدفع قوة الشىء المحكوم فيه . واذا رفعت عليه الدعوى الجديدة

---

(١) مرجع ص ٤٠٢ ن ١٤٨٢ و ١٤٨٣ (٢) كابتلن ص ٨٩٥

(٣) Désistement (٤) Péremption

(٥) مرافعات أبو هيف بك ص ٨١٢ ن ١١٢٨ ومرافعات عبد الفتاح بك ص ٦٣١ ن ٧١٨

(٦) Rejet de la demande ملوى ٢٨ فبراير سنة ٩٠٠ مرجع ص ٤٠٤ ن ١٤٩٢

من غير المالك فلا يجوز أيضاً للمدعى الادعاء بقطع المدة لان قطع المدة نسبى كما قررنا لا يتعدى الطرفين . واذا كان الامر كذلك فكان لا محل لهذه القاعدة التى قررتها المادة ٢٢٤٧ فرنسى . ولكن قد تحصل حالات يجوز فيها الدفع بقطع المدة بسبب رفض الدعوى . وذلك فى حالة ما اذا كانت قد رفضت لعدم توافر شرط خاص فى المدعى كعدم توافر صفة التقاضى فيه[1]. فاذا تجددت من جديد جاز الاستناد الى مضى المدة وعدم اعتبار القطع الحاصل بفعل الدعوى الاولى المحكوم فيها بالرفض[2]

٣٦٩ — ٢) فى الاقرار بالحق لصاحبه : ان اقرار واضع اليد بالحق لصاحبه لا يخضع لشكل خاص حتمه القانون . لذا يجوز الاقرار صريحاً [3] أو ضمنياً [4] ويجوز أن يكون فى مجلس القضاء أى قضائياً [5] أو فى غير مجلس القضاء أى غير قضائى [6] . والذى يجب أن يتوافر وجوده فى الاقرار هو ذلك الشرط العام القانونى وهو صدوره من شخص يملك الاقرار أى من شخص يتمتع بأهلية التصرف فى أمواله [7]

وأما عن الأثر المترتب على الاقرار فانه يختلف باختلاف الظروف . فيجوز أن يصدر الاقرار من شخص بأنه يملك باسم الغير . ومن وقت الاقرار يعتبر أنه حائز عرضى أى ان يده يد نيابية . ويحصل أنه مع اقراره بأن الشيء مملوك لغيره فانه يدعى ايضاً بأنه ولو لم يكن لديه سند قانونى يبرر وضع يده الا أنه غاصب للشيء . وفى هذه الحالة لا يجوز اعتباره حائزاً نيابياً . اذ يستمر فى وضع يده ويتملك بالتقادم ابتداء من وقت الاقرار فقط ، لان حسن النية كما ذكرنا من قبل ليس بضرورى فى القانون المصرى والفرنسى للتملك بمضى المدة الطويلة[8].

---

(١) Défaut de qualité (٢) الالتزامات ص ٤٨٧ ن ٤٩٢ . — كابتان ص ٨٩٦ (٣) Expresse (٤) Tacite
(٥) Judiciaire مرجع ص ٣٩٩ ن ١٤٦٨ (٦) Extra-judiciaire
(٧) Capacité d'aliéner (٨) كابتان ص ٨٩٦

وعلى ذلك يكون من أخص خصائص الاقرار واحدى نتائجه الهامة تنازل المقر عن مدة التقادم التى سبقت الاقرار . وينتج من ذلك ما يأتى :

١ . — اذا أقر واضع اليد بملكية الشيء للغير وأصبحت حيازته على ذلك عرضية كان لقطع التقادم أثر عام مطلق . أى يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به ضد المقر . وذلك لان وضع اليد الموصل للتقادم [١] قد زال وانقطع بالاقرار . ويستحيل حصول التقادم فى المستقبل مع قيام الحيازة العرضية الا اذا وقع تغيير فى سبب اليد كما ذكرنا[٢]

٢ . — وأما اذا كان المقر قد أراد من اقراره هذا أن يتنازل فقط عن المدة السابقة على الاقرار ، كان للقطع حينئذ أثر نسبى لا يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، بل لصاحب الحق فقط الاحتجاج به على المقر . وفوق ذلك اذا ظل المقر واضعاً يده على العقار ، ظهر التقادم من جديد من وقت الاقرار . ووجب عليه أن يستعين بمدة جديدة تبتدئ من وقت الاقرار . واذا فرض وكان وضع يده فى مدته السابقة على الاقرار مقرونا بحسن النية ، فقد أصبح بالاقرار سيء النية . وعلى ذلك ان صح له التملك بمضى خمس سنوات قبل الاقرار لوجود سبب صحيح لديه وتشبعه بحسن النية ، فانه لا بد له من ١٥ سنة بعد الاقرار وظهور سوء النية

§ ٤ — الشرط الرابع : إيقاف التقادم

٣٧٠ — يحصل الايقاف[٣] فى بعض الاحوال المعينة حيث يرى الشارع توقيف مضى المدة عن المضى فى السير نحو التملك بالتقادم . ويكون الايقاف لمدة معينة . والغرض منه حماية بعض حملة الحقوق ممن يكون أهلا لرعاية القانون لهم

وهنا نرى الفرق بين القطع والايقاف. ذلك لانه اذا زال سببه وارتفع الحائل

(١) Ad usucapionem (٢) Interversion du titre
(٣) Suspension

دون التقادم عاد التقادم الى ما كان عليه من قبل ، مع احتساب المدة السابقة عليه .
وأما فى حالة القطع فعلى العكس من ذلك . لانه اذا حصل القطع وجبت مدة تقادم
جديدة تبتدئ من وقت حصول القطع . وأما الزمن السابق عليه فقد ضاع على
واضع اليد

وترجع الحكمة فى الايقاف الى العدالة[1] ذلك لان الايقاف انما يستفيد منه
أشخاص لم يكونوا بحالة يمكن لهم معها القيام بأعمال من شأنها قطع التقادم
الجارى ، أو اذا قاموا بهذه الاعمال فانهم يتعرضون الى مضار تحدق بهم وتعطل
عليهم مزية الدفاع عن حقوقهم

وربما يلاحظ على الايقاف أنه ليس صحيحاً فى جميع مظاهره . ذلك لانه لا
يكون صحيحاً الا اذا كانت الاعمال الموقفة تحدث أثرها بالنسبة لتقادم جار أى
سابق . ولكن يحصل أن هذه الاعمال الموقفة تحدث أيضاً ذلك الاثر عند الحاجة ،
أى تحول دون البدء فى التقادم

أما الاحوال التى يحصل فيها الايقاف فهى ما يأتى :

٣٧١—١) الحالة الاولى — يقول القانون بالمواد ٨٣/ ١١٢ مدنى
و٨٤/ ١١٣ بايقاف التقادم بالنسبة لمفقودى الاهلية شرعا[2] وتقول المادة الفرنسية
٢٢٥٢ بالنسبة للقصر[3] والمحجور عليهم[4] والمعنى واحد تقريباً فى القانونين .
أما السبب فى حماية مفقودى الاهلية فهو على ما يظهر سبب غير وجيه . وقد
نقل الشارع هذه القاعدة عن القانون الرومانى ولكنه لم يحسن نقلها ، لأن
الرومان لم يقرروها بهذا الاطلاق والتعميم المعروفة به فى الشرائع الحاضرة . اذ
قرروها فقط فى ايقاف التقادم حماية للاموال التى كانت لاولاد الاسرة والتى
حصلوا عليها بسبب الحوادث العسكرية[5] فى الوقت الذى كانوا فيه تحت سيطرة
رب الاسرة وسلطانه[6]. ذلك لان ابن الاسرة ، ما كان له الحق فى رفع الدعوى

---

(١) Équité (٢) Légalement incapables (٣) Mineurs
(٤) Interdits (٥) Pecule adventice (٦) Patria potesta

أمام القضاء وعلى ذلك ماكان له حق قطع المدة . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان رب الاسرة[١] ولو أنه صاحب الحق فى رفع الدعوى عن ابنه الا أنه لما لم يكن له مصلحة ظاهرة فى ادارة هذا النوع من المال الخاص بابنه فكان لا يعمل شيئاً يتعلق بادارة هذا المال بوجه عام . هذا ونعلم أن رب الاسرة «بروما» لا يمثل ابنه[٢] أى لا يعتبر وكيله الشرعى . وكان للقاصر والمحجور عليه وكلاء شرعيون[٣] يمثلونهم ، أباً كان أو وصياً أو قيما[٤] وكان من حقهم بل ومن واجبهم أن يعملوا على ما فيه مصلحة مفقودى الاهلية وحماية مصالحهم . لذا يمكن القول بحق بأن المواد ٨٣ و ٨٤ مدنى و ٢٢٥٢ انما تشير الى هذا النوع من الحماية التى قررها الرومان لبعض مفقودى الاهلية ، وهى دعوى طلب رد ما أخذ بالكامل[٥] أو دعوى اعادة الشيء الى أصله، وذلك عند وقوع اهمال من جانب وكلائهم الشرعيين. ولا يخفى أن تقرير هذه الحماية انما هو على طرفى نقيض مع الاصول المعروفة فى نظرية التمثيل القانونى[٦] المعروفة فى الوقت الحاضر[٧] لان من أخص أوصاف هذه النظرية الآن ان أعمال الوكيل الشرعى حجة على موكله . واذا أصاب هذا الاخير ضرر فما عليه الا الرجوع على وكيله فقط . وفى تقرير «نظرية رد الشيء الى أصله» وهى رومانية الاصل توسع فى حماية مفقودى الاهلية حتى يأمن بها هؤلاء اعسار الاوصياء عند الرجوع على هؤلاء الاخيرين

ولما كانت هذه النظرية مما تتعارض مع نظرية الانابة الشرعية أو الوكالة القانونية فى الوقت الحاضر كما ذكرنا ، رأى رجال الفقه الفرنسى العمل على التضييق من مجال الاخذ بها اذ قصروها فقط على القصر والمحجور عليهم ولم يجعلوها شاملة للقاصر المحرر[٨] أو الشخص المحجور عليهم حجراً شرعياً[٩] أى

---

(١) Pater (٢) Représenter (٣) Représentants légaux
(٤) Tuteur (٥) Restitutio in integrum
(٦) Représentation (٧) كابتان ص ٨٩٧
(٨) Mineur émancipé (٩) Interdit légal

حجراً يقول به القانون نفسه كالحجر الحاصل نتيجة لحكم بعقوبة جناية فى جناية (المادة ٤١/٢٥ عقوبات) أو المجنون غير المحجور عليه[1]

٣٧٢ — فى المادتين ٨٤/١١٣ و٨٥/١١٤ مدنى وضرورة رفع ما عراهما من الغموض : يجب لاجل جلاء ما عرا هاتين المادتين من الغموض الرجوع الى التحليل التشريعى لهما ثم تأكيد هذا التحليل بالاساليب المنطقية أيضاً

٣٧٣ — ١) من حيث التحليل التشريعى : الاصل لهاتين المادتين هو القانون الفرنسى . وقد صاغ الشارع المختلط أولا المادتين ١١٣ و ١١٤ مدنى سنة ١٨٧٥ وهما المقابلتان للمادتين ٨٤و٨٥ مدنى أهلى الموضوعتان سنة١٨٨٣ . أما المادة الفرنسية التى رجع اليها الشارع المختلط فهى المادة ٢٢٥٢ التى تكلمنا عنها . ونصها ما يأتى : « لا يسرى التقادم[2] على القصر والمحجور عليهم ما عدا ما ورد بالمادة ٢٢٧٨ وما عدا الاحوال المعينة بالقانون » أما المادة ٢٢٧٨ مدنى فرنسى هذه فهى تقرر « ان أنواع التقادم المبينة بالمواد الخاصة بهذا الفصل تسرى على القصر والمحجور عليهم . ولهم حق الرجوع على أوصيائهم » وأنواع التقادم المبينة بالفصل المشار اليه هى الخاصة بالتقادم المسقط المتعلق بأتعاب الاطباء والمحامين والمهندسين ، والمبالغ المطلوبة للمحضرين وكتبة المحاكم ، والمرتبات والايجارات والفوائد وكل ما يستحق دفعه سنوياً . وعلى ذلك لا يسرى بالقانون الفرنسى التقادم بنوعيه ، التقادم بالمدة الطويلة والتقادم بالمدة القصيرة ، على القصر والمحجور عليهم ، وأما ما عدا ذلك من أنواع التقادم فهو يسرى عليهم . وهذا الحكم يسرى فى حالة التقادم المكسب والتقادم المسقط ، لان المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى وردت بالفصل المعقود للاسباب التى تقطع التقادم بوجه عام دون تخصيص ما .

(١) Aliené non interdit   (٢) Prescription

الشارع المختلط : جاء «مونوري» واضع القانون المختلط ورأى أمامه المادة ٢٢٥٢ فرنسي فلم يشأ نقلها كما هي بل عدل فيها بما رآه ووضع المادة ١١٣ بالوضع الآتي : [١]

أي «ان التقادم المكسب في الاحوال العقارية لايسري على مفقودي الاهلية شرعا» (هذه الترجمة من عندنا نحن وضعناها مؤقتاً الآن) :

١ . — ان الشارع المختلط ، والاهلي ايضاً ، فصل التقادم المكسب كما ذكرنا عن التقادم المسقط . وجعل أولهما ضمن وسائل تملك الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة . ووضع الثاني ضمن اسباب انقضاء الالتزامات . انما أورد بالمكسب أهم الاصول العامة السارية على الاثنين (ولو أنه قرر بالمادة ٢٦٩ مختلط و٢٠٥ أهلي بأن القواعد المتعلقة بالقطع والأيقاف والواردة بالتقادم المكسب تسري أيضاً على التقادم المسقط ، فان هناك قواعد أخرى وردت بالمكسب فقط وغير خاصة بالقطع والايقاف ومع ذلك فهي تسري على المسقط أيضاً ، كالقاعدة القائلة بعدم جواز التنازل مقدماً عن التقادم وهي المقررة بالمادة ١٠٨ مختلط و٨٠ أهلي . وكذلك هناك قواعد وردت بالمسقط دون المكسب ، ومع ذلك فهي تتمشى على هذا الاخير أيضاً ، كالقاعدة المقررة بالمادة ٢٧٠ مختلط و٢٠٦ أهلي القائلة بالتجويز للدائنين بالتمسك بالتقادم الذي تنازل عنه المدين) [٢] لذا احتاط الشارع المختلط في وضع المادة ١١٣ المذكورة احتياطاً يتفق مع الباب الواردة به ، أي التقادم المكسب ، اذ قرر بأن هذه المادة تسري في حالة المسائل العقارية [٣] وأخرج منها تملك المنقول بالتقادم في حالة السرقة والضياع لانه وضع له المواد التي أتت بعد وهي ١١٥ و١١٦ مدني مختلط

٢ . — قال الشارع بالمادة ١١٣ المذكورة «التقادم المكسب» لان المادة

---

(١) « La prescription acquisitive en matière immobilière, ne court pas contre ceux qui sont légalement incapables »

(٢) الالتزامات ص ٤٩٤ ن ٥٠٠

(٣) En matière immobilière

وردت بالفصل المعقود لهذا التقادم . بخلاف المادة الفرنسية ٢٢٥٢ فقد وردت بها كلمة « التقادم » فقط حتى تكون شاملة للنوعين

٣ . — رأى الشارع المختلط أن لا يذكر « القصر والمحجور عليهم » كما فعل الشارع الفرنسى بل استعاض عنهم بعبارة « مفقودى الاهلية شرعاً » وهو يريد بذلك كل من كان مفقود الاهليــة على الوجه القانونى ، أعنى القصر والمحجور عليهم . وربما كان فى تعبير الشارع المختلط ما يوهم أن يدخل تحت هذا النص المحجور عليه بسبب الحـكم بعقوبة جناية . وهذا لا يكون كما قرر رجال الفقه الفرنسى . لانا نرى أن هذا النوع من الحجر لم يشرع لمصلحة المحـكوم عليه انما شرع تقييداً له وحدا من حريته حتى لا ينتزع من ماله ما يحتمل معه أن يعمل على تحسين حاله داخل دار الاعتقال . ولذا كان تعبير الشارع الفرنسى بعبارة « القصر والمحجور عليهم » أوضح فى المعنى وأدق فى التعبير من هذا التعميم المطلق الذى أتى به الشارع المختلط

٤ . — ان الشارع المختلط لم يشر بالمادة ١١٢ الى هذا الاستثناء الذى أورده الشارع الفرنسى فى أن أنواع التقادم القصير الخاص بسقوط حقوق الاطباء والمحامين وغيرهم انما تسرى على القصر . وكان من اللازم عليه أن يقول بذلك ولم يقله فى باب التقادم المسقط . ومع ذلك فان الآراء متفقة ، قضاء وفقها ، على القول بأن المدد القصيرة هذه المنوه عنها بالمادة ٢٢٧٨ فرنسى والواردة بالمواد ٢٧٣ — ٢٧٥ مختلط و ٢٠٩ — ٢١١ أهلى انما تسرى على مفقودى الاهلية ، وان حق هؤلاء الاخيرين محفوظ فى الرجوع على الاوصياء والقوام

ولـكن لعل الشارع المختلط عند ما ذكر بالمادة ١١٣ بأن التقادم المـكسب لا يسرى على مفقودى الاهلية وأطلق عبارة « التقادم المـكسب » بما يجعله شاملا التقادم بالمدة الطويلة وهى ١٥ سنة والتقادم بالمدة القصيرة وهى خمس سنوات بالسبب الصحيح وحسن النية ، رأى مع هذا التعميم فى التقادم أن لا

يأتى بنص آخر خاص بعدم سريان التقادم القصير بخمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية ، على مفقودى الاهلية

ولكن لما رأى من طريق آخر أنه لم يأت بعبارة تشير الى أنواع التقادم المختلفة الخاصة بالتقادم المسقط ، سارع ، كما نظن ، الى وضع المادة ١١٤ وقرر فيها بأنه لا يسرى على مفقودى الاهلية أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات اذ تقول[1] :

« لا يسرى أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات على هؤلاء مفقودى الاهلية »[2] . ولعله يريد بذلك أن يقول بأن أنواع التقادم المختلفة الخاصة بالتقادم المسقط ، والذى لم يضع له بعد نصوصه الخاصة به ، تسرى من طريق عكسى[3] على مفقودى الاهلية ، بما أن عدم السريان خاص بما زاد عن خمس سنوات

وربما كان هناك احتمال فى وضع الشارع للمادة ١١٤ مختلط و ٨٥ أهلى اذ من المحتمل أن تنصرف عبارته « أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات » الى التقادم العشرى ، أى عشر سنوات ، المنوه عنه بالمادة ٥٠٠ مختلط و ٤٠٩ أهلى و ٢٢٧٠ فرنسى والخاص بسقوط الحق فى مطالبة المهندسين المعماريين بعد مضى هذه المدة ، فلا يسرى حينئذ هذا التقادم على مفقودى الاهلية بنص هذه المادة وكما هو مستفاد من القانون الفرنسى

هذا هو عمل الشارع المختلط عند ما وضع مواده باللغة الفرنسية أولا . ولقد ترجمت المادتان ١١٣ و١١٤ بالكيفية الآتية : المادة ١١٣ « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة على من يكون مفقود الاهلية شرعاً » . وهذه الترجمة الرسمية الحكومية ترجمة صحيحة لا غبار عليها . وترجمت المادة ١١٤ مختلط بما يأتى : « وكذلك لا يسرى على مفقود الاهليـة المذكور أحكام ما عدا ذلك من أنواع

---

(١) « Aucune autre prescription, de plus de cinq années, ne court contre ces mêmes incapables »

(٢) هذه الترجمة من عندنا محي وضعناها موقتاً الآن

(٣) A contrario

التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات » ولم تأت هذه الترجمة مطابقة للنص الفرنسى المصرى . لان كلمة «الطويلة» زائدة . ويظهر أن المترجم ظن أن الكلمة الفرنسية[1] أى التقادم ، الواردة بالمادة ١١٣، انما تنصرف الى التقادم بالمدة الطويلة فقط ، أى ١٥ سنة . وهذا ظن فى غير محله . وكان يجب على المترجم أن يترجم الاصل كما هو . ويرفع كلمة «الطويلة» ليستقيم النص العربى مع النص الفرنسى

الشارع الاهلى : جاء « مونورى » سنة ١٨٨٣ ووضع المادة ٨٤ كالمادة ١١٣ مختلط بنصها الفرنسى تماماً أيضاً . ولما جاء المترجم للمادتين الاهليتين راعى ضرورة الاطلاع على الترجمة العربية للمادتين المختلطتين . فرأى هو الآخر أيضاً ان يعدل فى الترجمة العربية المختلطة . فصاغ المـادة ٨٤ أهلى كما يأتى : « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الاهليـة شرعاً » . فأضاف كلمة «الطويلة» على النص العربى المختلط بعد أن نقله برمته . وظن هو الآخر كما ظن مترجم المادة ١١٤ مختلط أن كلمة التقادم الواردة فى المادة ١١٣ مختلط هى أيضاً خاصة بمضى المدة الطويلة أى بمدة ١٥ سنة . فأراد أن يصلح ما فات المترجم المختلط (فى نظره) . ولما جاء دور المادة ٨٥ أهلى فى الترجمة رأى المترجم أن صيغة المادة ١١٤ مختلط المقابلة لها صيغة صحيحة فنقلها حرفياً ، أى مع ما ورد بها من كلمة الطويلة أيضاً . وعلى ذلك أصبحت النصوص العربية للمـادتين ٨٤ و٨٥ مشوبة بالابهام والغموض من اضافة كلمة الطويلة بكل منهما . وبسبب ذكر هذه الكلمة الطويلة دون الاشارة الى التقادم القصـير ، أى التقادم بمضى خمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النـية ، أخذ القضاء الاهلى يحتال بوسـائل المنطق ، لا بوسائل التحليل التشريعى هذا ، على تفسير المادتين تفسيراً يتناول ايضاً التقادم القصير بخمس سنوات ، باعتبار انه لا يسرى على مفقودى الاهلية ايضاً[2] أما

---

(1) Prescription

(2) استئناف ٨ ابريل سنة ١٩١٦ ح ٣٢ ص ١٩٥ — مجموعة جمال الثانية ص ٣٣٢ ن ٨٨٤

وقد رأينا أن النص المصرى فرنسى العبارة المختلط والاهلى للمادة ١١٣ مختلط و٨٤ أهلى قد أورد كلمة التقادم [1] بطريقة عامة دون تخصيصها بالتقادم الطويل بمضى ١٥ سنة ، أو بالتقادم القصير بمضى خمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية ، فالتقادم الطويل والقصير لا يسريان معاً على مفقودى الاهلية . ويرجع فى تفسير المادة ٨٥/ ١١٤ مدنى الى ما قررناه من قبل [2]

٣٧٤ — ٢) من حيث التحليل المنطقى : هذا التحليل المنطقى هو الذى قال به القضاء المصرى ورجع فيه الى النصوص العربية دون الرجوع الى النصوص المصرية فرنسية الصيغة . على انه فى الاستعانة بالنسخة الفرنسية ما يسهل معه كثيراً رفع ما نزل بهاتين المادتين من الغموض . وكل ما يمكن أن يقال هنا أنه اذا عمل الشارع على حماية مفقودى الاهلية ضد التقادم الطويل فليس هناك سبب مقبول يجعله يقرر رفع هذه الحماية اذا كان التقادم قصيراً وخاصاً بخمس سنوات مع سبب صحيح وحسن نية . وربما كانت حمايته فى حالة التقادم القصير أدعى من التقادم الطويل لقصره وقرب وقوع الخطر فيه . بخلاف التقادم الطويل فانه طويل ويؤمل معه زوال سبب فقد الاهلية ، واذا تعارضت مصلحة البالغ الذى يشترى بسبب صحيح وحسن نية مع مصلحة مفقود الاهلية ، فالراجح أن الشارع يميل الى حماية هذا الاخير أكثر من ميله لحماية الاول . لانه بوضع مصالح الطرفين فى كفتى التفاضل لترجحت كفة مفقود الاهلية على البالغ . ولذا يرى من الوجهة المنطقية العقلية أن التقادم بمدتيه ١٥ سنة وخمس سنوات لا يسرى على القاصر . وفى هذه الحالة تنصرف المادة ٨٥ فى قولها « تقادم آخر أكثر من خمس سنوات » خلاف التقادم المنوه عنه بالمادة ٨٤ ، اما الى التقادم العشرى الخاص بالمهندسين المعماريين ، واما أنها تشير من طريق عكسى [3] الى أن أنواع التقادم الخاصة باتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم تسرى على مفقودى الاهلية

(١) Prescription (٢) الالتزامات ص ٤٨٧ ن ٤٩٣ وما بعدها

(٣) A contrario

على أننا لا نرى محلا مطلقاً من وضع المادة ٨٥ / ١١٤ مدنى ما دام أن المادة ٨٤ / ١٢٣ مدنى قد قررت القاعدة بهذا الاطلاق الوارد بنصها فرنسى العبارة . ونعتبر أن هذه المادة جاءت زائدة بهذا الباب . وهى التى أثارت ثائرة هذا البحث فقها وقضاء . وعلى ذلك اذا اعتبرناها محذوفة من مجموعة القانون استقرت المادة ٨٥ استقراراً صحيحاً ، بنصها فرنسى العبارة ، وتمشى التقادم فيها على التقادم الطويل والقصير . انما يبقى بعد ذلك هل التقادم العشرى الخاص بالمهندسين المعماريين يسرى على القصر أم لا ؟ (وهو ذلك التقادم الذى يمكن أن تشير اليه المادة ٨٥ المذكورة) انا نرى أن الفصل فى ذلك يرجع للتقادم المسقط فكان القول فيه هناك . أما والشارع المصرى لم يأت بجميع الاحكام القانونية الخاصة بالتقادم المسقط فمن اللازم الرجوع الى مصدره وهو الشارع الفرنسى . وقد رأينا أن التقادم العشرى لا يسرى على مفقودى الاهلية ، فلا مانع من الاخذ به بمصر . وأما التقادم المسقط الخاص بالمدد القصيرة جداً وهى الخاصة باتعاب الاطبـاء والمحامين وغيرهم فهى تسرى على مفقودى الاهلية أخذاً بالقواعد العامة المقررة بالقانون الفرنسى كما ذكرنا

٢) وأما الحالة الثانية التى يحصل فيها ايقاف التقادم فقد ذكرتها المادة ٢٢٥٣ مدنى فرنسى فى أن التقادم لا يسرى بين الزوجين والزوجيـة قائمة . ولا نرى ما يمنع الاخذ بهذه المادة بالقانون المصرى ولو أنه لا يوجد شبيه لهـا به . لان واجبات الزوجية والرغبة فى دوام روابطها على أحسن ما يكون تحول فى أن يقاضى أحد الاثنين الآخر لما فى المقاضاة من الاضرار الادبية كما لا يخفى . لذا تعتبر الحوائل الادبية مما يوقف التقادم . ولعل للظروف الخاصة بين الزوجين ما يجعل فى بعض الاحيان عدم ضرورة الأخذ بهذا الحائل

فى تعدد أسباب الايقاف : ورد الايقاف بالقانون المصرى بشأن مفقودى الاهلية شرعاً ولم يرد نص آخر يشير الى غيرهم

٣٧٥ — فى الايقاف بسبب تعلق الحق على شرط أو على أجل : لا يسرى التقادم فى الحق المعلق على شرط أو على أجل (المادة ٢٢٥٧ فرنسى وحكمها عام) سواء كان الحق عينياً عقارياً أى يتعلق بالتقادم المكسب أو حقاً متصلا بالمال ، أى يتعلق بالتقادم المسقط . وعلى ذلك فلا تسرى المدة الا من تاريخ استحقاق الحق أو الدين ، اذ الاهمال من جانب الدائن مستحيل طالما الشرط لم يتحقق أو لم يحل الاجل .

جـ — التقادم طريق موصل للتملك
لا وسيلة فى اكتساب الملكية

٣٧٦ — ذكرنا هنا التقادم كما ذكره الشارع المصرى ، ضمن أسباب الملكية باعتباره وسيلة للتملك [١] وربما كان ذلك غير صحيح بالدقة . والاصح أن يكون طريقاً موصلا للملكية [٢] ونريد بذلك أن نقول بأنه فى التقادم لا تتحقق الملكية بنفسها [٣] ولا يتحقق انتقال الحق العينى على رأس المتقادم فى الحال لمجرد تمام مدة التقادم ، بل لا بد من أن يظهر صاحب التقادم رغبته فى التمسك بالتقادم . لان اظهار الرغبة وهذا والافصاح عنها هو الشرط الاخير من شروط التملك بمضى المدة وبدونه لا تتحقق الملكية بيد المتقادم وهو واضع اليد . وهذا هو المستفاد حتما من المادة ٢٢٢٣ مدنى فرنسى وحكمها عام « لا يجوز للقضاة أن يدفعوا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم » (وأخذ القضاء المصرى بهذه القاعدة) أى لابد فى التقادم أن يتمسك به صاحبه هو بعبارة صريحة تدل حقيقة على أنه يريد الاستفادة من مضى المدة . والسبب فى ذلك أن التقادم ربما لا يتفق مع الذمة السليمة عند ما يعلم واضع اليد بأنه يملك

---

(١) Mode d'acquérir (٢) Moyen d'acquérir
(٣) Automatiquement

ملك الغير فلا يرتاح ضميره الى أخذ هذا المال

هذا وتقول المادة ٢٢٢٤ مدنى فرنسى وحكمها عام أيضاً بأنه « يجوز أن يدفع بالتقادم فى أى حالة كانت عليها الدعوى[1] حتى أمام محكمة الاستئناف الا اذا دلت ظروف الدعوى على أن من لم يدفع به تنازل عنه ضمنا » ويقول النقض الفرنسى فى أنه لا بد أن يكون الافصاح بالتمسك بالتقادم افصاحا قاطعاً بمعنى أن يطلب بالدعوى ضمن طلبات الخصوم بحيث لا يحوم الشك حول الطلب[2] بمعنى أن يكون بالكتابة ومنصباً على التقادم بالذات[3]

أما حكم هذه المادة فهو مستفاد من المادة المصرية ٢٠٤/٢٦٨ مدنى الواردة بالتقادم المسقط حيث قررت بأن « مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك » واذا كان الشارع المصرى لم يجعل للتقادم أثراً فى زوال الحق عن المدين الا بعد افصاح هذا الاخير عن رغبته ، أى أنه لا بد فى التقادم المسقط حتى ينتج أثره القانونى فى سقوط الحق ، من الادلاء والدفع به ، فلا بد أن يكون الامر كذلك أيضاً[4] بالنسبة للتقادم المكسب ، مادام ان الاصل فيهما واحد ؛ اذ المكسب من النوعين مسقط أيضا . لان فى الكسب من جهة اسقاطا من جهة أخرى أى زوالا . والمسقط أيضاً مكسب . فاكتساب الحق من جانب زوال للحق نفسه من الجانب الآخر . وسقوط الدين عن جانب أى كسب حق التحرر من المديونية ، زوال من جانب آخر ، أى حرمان الدائن من المطالبة بالدين . ومن هذا التحليل نرى ان المادة ٢٠٤ الواردة بالتقادم المسقط مادة عامة تتمشى على نوعى التقادم المكسب والمسقط

٣٧٧ — فى الاثر الرجعى للتقادم[5]: قلنا انه لا بد وأن يفصح المتقادم

(١) En tout état de cause (٢) Conclusion formelle

(٣) س ، ٨٧ ، ١ ، ٧٢ (٤) وعلى ذلك يجوز ابداء الدفع بالتملك بمضى المدة فى أية حالة عليها الدعوى : عياشى ص ١٧٦ ن ٨٠٠ (٥) Rétroactivité

عن رغبته فى الاخذ بالتقادم والتمسك به عقب تمام مضى المدة . وكان من اللازم على ذلك أن التقادم لا ينتج نتائجه القانونية الا من وقت التمسك به أى عند انتهاء المدة . ولكن نتائج التمسك به تتمشى على الماضى ، أى يعتبر واضع اليد مالكا لا من يوم التمسك بالتقادم بل من يوم وضع يده ، اى يعتبر مالكا طول مدة التقادم . والحكمة من تقرير قاعدة الأثر الرجعى للتقادم لا ترجع للرومان حيث أن هذه القاعدة كانت محل خلاف عندهم ؛ انما ترجع فى الوقت الحاضر الى الاعتبارات التى روعيت فى تقرير مشروعية التقادم ، فى أن مرور المدة على واضع اليد الحاضر ينتهى الى تقرير قرينة على أنه هو المالك ، وأنه اذا جاء شخص آخر وادعى الملكية ، كان مضى المدة قرينة على انه تصرف فى الشىء الى واضع اليد ، وأن هذا الاخير لا يجد تحت يده الآن سند التمليك . ويترتب على الاخذ بالأثر الرجعى للتقادم ما يأتى .

١) يعتبر واضع اليد المكتسب بالتقادم مالكا ملكا نهائيا للثمرات التى جناها من الشىء طول مدة التقادم

٢) يكتسب المتقادم[1] العقار حراً من كل قيد عينى عقارى توقع عليه بسبب المالك الاصلى[2] أثناء وضع يد التقادم .

٣) وعلى العكس مما تقدم تصبح الحقوق العينية المقررة على العقار بواسطة واضع اليد حقوقاً مقررة بطريقة نهائية اذا كانت مهددة بالزوال فيما اذا لم يتم التقادم . وتعتبر صحيحة من وقت تمام التقادم

ى — فى التنازل عن التقادم

٣٧٨ — تقرر المادة ٨٠/١٠٨ مدنى ما يأتى : « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله انما يجوز ذلك لكل شخص متصف بأهلية التصرف فى حقوقه »

---

(١) Usucapant (٢) Verus dominus

وتقابل هذه المادة المصرية المواد الفرنسية ٢٢٢٠ — ٢٢٢٢ وهى تقرر ما يأتى : المادة ٢٢٢٠ « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة قبل حصوله انما يجوز ذلك بعد حصوله » . والمادة ٢٢٢١ . « ترك الحق فى التملك بمضى المدة اما أن يكون صريحاً [١] أو ضمنياً [٢] ويستفاد الترك الضمنى من عمل [٣] يدل على التخلى [٤] عن الحق المكتسب» [٥] ويملك القاضى حرية كاملة فى نقد ظروف التنازل الضمنى [٦] والمادة ٢٢٢٢ . « من لم يملك حق التصرف لا يملك حق ترك التقادم المكسب» [٧]

فما هو معنى التنازل عن التقادم ؟ اذا قيل بأن التقادم وسيلة فى اكتساب الملكية وأن هذه الملكية تكتسب بواسطته بمجرد مضى المدة ومن تلقاء نفسها [٨] فيكون معنى التنازل حينئذ أن المتقادم ينقل الحق الذى امتلكه بمضى المدة الى نفس الشخص الذى أضر به مضى المدة ، أى ان التنازل يعتبر عملا ناقلا للملكية [٩] . وربما يؤيد هذا الرأى ما قررته الفقرة الاخيرة من المادة ٨٠ المقابلة للمادة ٢٢٢٢ فرنسى . ولكن المقرر الآن أن التنازل لا يعتبر عملا ناقلا للملكية بل التنازل هو حق لم يطالب به بعد [١٠] ولا عبرة بعبارة الحق المكتسب [١١] الواردة بآخر المادة ٢٢٢١ الفرنسية لانها لا تنصرف الى حق الملكية بل الى حق الافصاح عن الرغبة [١٢]

٣٧٩ — ويترتب على عدم اعتبار التقادم عملا ناقلا للملكية ما يأتى :

١) ان التنازل لا يعتبر عقداً ذا طرفين [١٣] أى لا يشترط فيه رضاء المتنازل اليه على حسب الرأى الغالب الآن وهو عدم اعتبار التنازل عملا ناقلا للملكية

---

(١) Expresse (٢) Tacite (٣) Fait (٤) Abandon

(٥) Droit acquis (٦) د ، ٩٠٧ ، ٢ ، ٢٨٩ ومقال Poncet

(٧) Prescription acquisitive (٨) Automatiquement

(٩) Acte transtatif

(١٠) Abdication d'une faculté non encore exercée

(١١) Droit acquis (١٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٩٠٢

(١٣) Acte bilatéral

بل هو عمل ذو طرف واحد [(١)] وعلى ذلك اذا شابت رضاء المتنازل شائبة الغش بطل التنازل حتى ولو كان الغش حاصلا من غير المتنازل اليه

٢) اذا كان التنازل من الاعمال الناقلة لترتب على ذلك خضوعه لشرائط الهبة . أما والتنازل اقرار من المتنازل بملكيته الى المتنازل اليه فلا يعتبر هبة

٣) ما دام ان التنازل ليس عملا ناقلا للملكية فهو غير خاضع للتسجيل

٤) اذا كان التنازل عملا ناقلا للملكية جاز للدائنين الطعن فيه بدعوى الابطال اذا حصل اضراراً بهم طبقاً للمواد ١٤٣/٢٠٤ و٥٥٦/٦٨٠ مدنى و١١٦٧ فرنسى . ولكن ما دام أن التنازل هو ترك مجرد حق لم يستعمل بعد فانه لا يجوز فى هذه الحالة للدائنين أن يرفعوا دعوى الابطال بل يجوز لهم فقط أن يعملوا ما يهمل فيه المدين . بمعنى انه اذا لم يدفع المدين بالتقادم جاز لدائنيه أن يدفعوا به حتى ولو تنازل عنه (المادة ٢٢٢٥ فرنسى).وهذا هو ما تقرره المادة ٢٠٦/٢٧٠ مدنى. وعلى ذلك يجب رفع الدعوى غير المباشرة المنوه عنها بالمادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و١١٦٦ فرنسى (ويجب الرجوع الى النصوص الفرنسية للمواد المصرية ١٤٣ /٢٠٤مدنى و٢٠٦/٢٧١ مدنى حيث وردت بها كلمة التنازل[(٢)] الامر الذى يشعر بأن الدعوى التى ترفع فى حالة التنازل هى دعوى الابطال لا الدعوى غير المباشرة)

وقد قررت المادة ٨٠/ ١٠٨ مدنى فقرة أولى بأنه لا يجوز التنازل مقدماً عن التقادم . وقد وردت هذه المادة بالفصل الخاص بمضى المدة المكسب . ولا بد أن يؤخذ به فى حالة مضى المدة المسقط ايضاً . والمادة ٢٢٢٠ فرنسية المقابلة وردت بالفصل العام للتقادمين المكسب والمسقط . والحكمة من مشروعية هذه المادة ٨٠/١٠٨ مدنى و٢٢٢٠ فرنسى فى حالة التقادم المسقط أنه لو أبيح التنازل مقدماً عن التقادم لاصبح التنازل هذا من العبارات الانشائية التى تثبت دائماً وأبداً بالعقود [(٣)] وأصبح التقادم هذا كانه ولا وجود له بالقانون باعتباره مبرئاً لذمة المدين . على أنه يجب ملاحظة أن التقادم المسقط انما شرع لاعتبارات ترجع

---

(١) Acte unilatéral (٢) Renonciation (٣) Clause de style

لحسن النظام [1] والمنفعة العامة [2]

هذا بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن لماذا هذا الحظر لو كان التقادم مكسباً ؟ وما هى الفائدة العملية لتقرير هذا الحظر فى حالة التقادم المكسب ؟ فاذا كان واضع اليد سيىء النية فانه يستحيل عليه الاقرار بهذا التنازل . واذا كان حسن النية فلا يفعل ذلك أيضاً . اذن علام هذا الحظر ما دام أن التنازل لا يقع فى مجال العمل مطلقاً ؟ ربما يحصل أن المالك عند ما يسلم الشىء المملوك له لوكيله أو المستأجر منه يشترط عليه بأنه لا يجوز للوكيل أو المستأجر أن يدعى فيما بعد بالتملك بمضى المدة من طريق تغيير السند أى تغيير السبب فى الحيازة من حيازة الى وضع يد [3]. ان تخيل وقوع ذلك أمر لا يحصل . على أنه اذا وقع فانه محظور بالمادة ٨٠/١٠٨ مدنى و٢٢٢٠ فرنسى . وهنا يتعذر ابداء سبب مقبول فى شرعية هذا الحظر فى حالة التقادم المكسب

هـ — فى أنواع مدد التقادم

٣٨٠ — رأينا أن المادة ٧٦/١٠٢ مدنى قد قررت بأن الحقوق العينية العقارية تكتسب بالتقادم مدة ١٥ سنة وخمس سنوات . والمدة الثانية خاصة بمن كان بيده سند صحيح وكان فوق ذلك حسن النية . وأما المدة الاولى فهى خاصة بمن كان سيىء النية ولم يكن لديه سبب لوضع اليد . ورأينا انه لا بد مع ذلك من توافر شروط أخرى فى المدتين بأن يكون وضع اليد هادئاً وغير متقطع الى غير ذلك مما أوضحناه

ولم يشر القانون المدنى الى مدد أخرى يمكن اكتساب الحقوق العينية العقارية بها خلاف هاتين المادتين . فهل يترتب على ذلك ان الحقوق العينية العقارية على اختلاف انواعها ومهما تباينت نعوتها واختلفت مصادرها خاضعة لهذه المادة ، أم ان هناك حقوقاً عينية عقارية ترجع فى أحكامها الى أصول قررها

(١) Bon ordre (٢) Utilité sociale (٣) Interversion de titre

فقهاء الشريعة الاسلامية مثل الوقف والارث ؟ وبعبارة أخرى هل يسقط الوقف ويتملكه الغير بالتقادم بمضى المدتين المقررتين بالمادة ٧٦ مدنى ؟ وهل يصح تملك المال الموروث بهاتين المدتين أيضاً ؟ أم لا بد فى تملك هذين الحقين ، حق الوقف وحق الارث ، من الرجوع الى ما قال به بعض فقهاء الشريعة الاسلامية فى أن الدعوى فيهما لا تسمع بعد مضى ٣٣ سنة ؟ (أو ٣٦ سنة كما يقول البعض الآخر)

انهذه النظرية نظرية تقادم الوقف والارث بمدة ١٥سنة وخمس سنوات ، أو عدم جواز سماع الدعوى فيهما بعد مضى ٣٣ سنة على وضع يد الغير، قد أثارت ثائرة الفقه والقضاء بمصر. وكان لها من الشأن بقدر ما للوقف والارث من الاهمية الاقتصادية العقارية بمصر . ولذا رأينا هنا ان نتعرف على مصادر هذا الخلاف القائم بشأن مدد التقادم فيها ، هل هى مدد القانون المدنى ، ام مدد الشريعة الاسلامية ، متلمسين فى ذلك اصولها الاولى ، ومبلغ أثر القانون المدنى الحاضر فى تقرير قواعده واصوله وضرورة تمشى هذه القواعد والاصول على الانظمة القانونية الحاضرة سواء كانت ترجع فى أصلها الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، أو الى الاصول العصرية البحت

وبعد الانتهاء من هذا البحث نعود للتكلم على التقادم القصير بخمس سنوات

§ ١ — فى سقوط دعوى الميراث والوقف والتقادم

٣٨١ — يراد بدعوى الميراث[1] الدعوى التى يوجهها الوارث قبل الورثة يطالبهم فيها بنصيبه فى الميراث وفى هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أمرين أولا : كونه وارثاً بالطريقة الشرعية . ثانياً . أنه لم تمض المدة القانونية المانعة من سماع الدعوى فيما اذا دفع ضده بدفع التقادم

أما كونه وارثاً بالطريقة الشرعية فهذا هو ما يفصل فيه القضاء الشرعى دون غيره (المادة ٥٤ / ٧٧ مدنى) ولا عبرة بأى حكم صادر من محكمة أخرى

(١) Pétition d'hérédité

أهلية أو أجنبية من شأنه أن يؤثر على حقه فى الارث . فاذا صدر حكم من محكمة الجنايات على الوارث بأنه قاتل لمورثه فلا يتقيد القضاء الشرعى به بل يجب اثبات القتل شرعاً أمامه . فاذا لم يثبت أصبح وارثا وجاز له أخذ نصيبه فى التركة . أى يعتبر قاتلا وغير قاتل . وكذلك العكس اذا حكم ببراءته من القضاء الاهلى أو الاجنبى واعتبر قاتلا بالقضاء الشرعى .

وأما المدة القانونية المانعة من الارث ففيها تفصيل لابد منه حتى يتجلى القول فيها فلا يدع الشك يحوم حولها . ويتناول البحث هنا ثلاثة مسائل : (١) التقادم فى الشريعة الاسلامية (٢) التقادم عند الخلفاء (٣) التقادم الشرعى بمصر — (٤) حكم القضاء الاهلى والمختلط فى التقادم الشرعى ..

المبحث الاول — التقادم فى الشريعة الاسلامية

٣٨٢ — الاصل فى الشريعة الاسلامية أنها لا تعرف التقادم أى مضى المدة المكسب او المسقط . أى أن الحق لا يزول ولا ينقضى بمرور الزمن . وهذا الاصل يرجع للحديث النبوى « ولا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم » ولكن لما خيف على مصالح الناس من الفساد والتحايل الذى يجرونه فيما بينهم قرر فقهاء الشريعةمبدأ آخر متصلا بالمبدأ الاول وهومبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . بمعنى أنه يجوز للحاكم فى توليته القاضى القضاء أن يعين الازمنة والامكنة وأنواع الخصومات التى لا يخرج عنها فى حكمه [١] أى يجوز للحاكم أن يقرر منع القاضى من سماع الدعوى اذا مضى زمن يقرره هذا الحاكم ولم يكن لدى صاحب الحق مانع يمنعه من قبل فى تقاضى حقه . أما اذا كان لديه مانع حال دون المقاضاة فلا يسقط الحق طال ما طال [٢] والحق فى ذاته لا يسقط انما يمنع صاحبه من التقاضى به . وعلى ذلك اذا جاء الخصم واعترف بالحق لصاحبه بعد

(١) المعاملات لابى الفتح بك ج ١ ص١٠٤ و١٠٥ والمادة ١٨٠١ من المجلة ج ٢ ص٥٥٧

(٢) المجلة ٢ ص ٣٧٧ — ٣٧٨ وهو تمهيد للمادة ١٦٦٠ من المجلة

مضى الزمن المضروب بمعرفة الحاكم قضى بالحق لصاحبه . وأما اذا أنكر فيمنع القاضى من سماع دعوى المدعى أى من سماع أدلته فى اثبات الحق[١]

المبحث الثانى — التقادم عند الخلفاء

٣٨٣ — قد اختلف الفقهاء فى تعيين المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فجعلوها ٢٠ سنة و ٣٣ سنة و٣٦ سنة . وكان من شأن هذه الاختلافات اضطراب فى الاحكام ورفع للطمأنينة عن الافراد . لذا قرر السلطان سليم العثمانى الذى تولى الحكم سنة١٥١٧ أن يجعل هذه المدة١٥ سنة. أى أنه قرر بحكم مبدأ التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ، بأن منع القاضى من سماع دعوى صاحب الحق اذا ظل بدون عذر شرعى كمانع مادى أو أدبى أو طبيعى (مثل فقد الاهلية) وهو لا يطالب بحقه[٢] وعلى ذلك يكون مرور الزمان الشرعى مبنياً على أمرين : الاول حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء . والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه[٣] لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها ١٥ سنة بدون عذر . والقاضى وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله ، فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم[٤]

واذا مضى على الدعوى ١٥ سنة وأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع حتى ولو كانت قد تركت بدون عذر من جانب صاحب الحق . اما اذا مضى عليها ٣٠ سنة بلا عذر فلا تسمع وان امر السلطان بسماعها . والفرق بين هاتين الحالتين هو ان منع سماع الدعوى بعد ١٥ سنة مبنى على النهى السلطانى فمن نهى عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها . واما عدم سماع الدعوى بعد ٣٠ سنة فهو مبنى على منع الفقهاء وليس للسلطان ان ينقضه لان امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا[٥]

---

(١) المجلة جـ ٢ ص ٣٧٧ (٢) المادة ١٦٦٠ من المجلة جـ ٢ ص ٣٧٩
(٣) المجلة جـ ٢ ص ٣٧٨ (٤) المجلة جـ ٢ ص ٣٧٨ (٥) المجلة جـ ٢ ص ٣٨٧

ولما كان من المقرر عند فقهاء الشريعة ان دعوى الوقف لا تسمع بعد مضى ٣٣ سنة فقد الحقوا بها دعوى الميراث . وتقررت بالدولة العلية مدة ١٥ سنة لسقوط جميع الحقوق بما فيها الارث واصل الوقف[1]

المبحث الثالث – التقادم الشرعى فى مصر من الوجهة التشريعية

٣٨٤ – ولما دخلت مصر تحت حكم الدولة العثمانية تمشت عليها قوانين هذه الدولة فعمل بمصر فى امر عدم سماع الدعوى باتباع المدتين ١٥ سنة و٣٣سنة

وقد صدرت لائحة المحاكم الشرعية فى ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ وورد بالبند ١٤ منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشر سنة مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له فى اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاثة وثلاثون سنة مع التمكن وعدم العذر وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة »

ولما صدرت اللائحة الشرعية التالية لها فى ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ ورد بالبند ٩٦ منها ما يأتى :« القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم العذر الشرعى له فى اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة »

وأخيراً صدرت اللائحة الشرعية الحاضرة وهى بقانون ٣ يوليو سنة ١٩١٠ رقم ٣١ وجاء بالمادة ٣٧٦ منها ما يأتى : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاثة

---

(١) المادة ١٦٦٠ جـ ٢ ص ٣٧٩ من المجلة — استئناف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ ح ٩ ، ص ٧٣ والقضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى جزء أول وثان ص ٦٣٥ نبذة ١٧٨٨

وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العـذر الشرعي وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

ويتلخص مما سبق أن دعوى الارث أى مطالبة الوارث لوارث آخر يمنع من سماعها بعد مضى ٣٣ سنة . وأما مطالبة الوارث لاجنبي فتسقط بمضى مدة ١٥ سنة[١] وكذلك الحال في الوقف

ومما تقـدم يرى أنه ثبت من طريق رسمي تشريعي ان المدة المكسبة أو المسقطة في القانون المصرى ابتداء من ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٠ اى قبل انشاء المحاكم الاهليـة بثلاث سنوات وبعد انشاء المحاكم المختلطة بخمس سنوات ، هذه المدة هى ١٥ سـنة عن جميع الحقوق سواء كانت المدة مكسبة او مسقطة ، ما عدا حق الارث والوقف فان المدة فيه ٣٣ سنة . هذا وقد قرر القانون المختلط الاخذ بمدة ١٥ سنة سنة ١٨٧٥ وقلده فيه القانون الاهلى ايضاً سنة ١٨٨٣ ولم يشر احدهما الى مدة ٣٣ سنة مطلقاً . وقررت المادة ١٠٢ مدنى مختلط بأن الملكية والحقوق العينية تسقط بمضى ١٥ سنة وكذلك فعلت المادة ٧٦ مدنى اهلى . ولما عدد كل من القانونين الاهلى والمختلط اسباب التملك وجعل منها التقادم لم يذكرا شيئاً عن مدة ٣٠ سنة . وكذلك فعلا عند ما ذكرا ايضاً المواريث باعتبارها هى الاخرى سببا في الملكية (٥٤ / ٧٧ مدنى) فان القانون المصرى لم يشر مطلقا الى مدة ٣٣ سنة

انما اصر الشارع الشرعي على الاشارة الى مدة ٣٣ سنة في سنة ١٨٨٠ وسنة ١٩٠٧ وسنة ١٩١٠

فهل يستفاد مما تقدم ان الشارع المدنى (اهليا كان او مختلطا) يجهل التقادم بمضى ٣٣ سنة لانه لم يرد له ذكر بالمرة بالقانون بأسباب التملك ، لا بالتقادم ولا بالمواريث ، وانه على ذلك لا يعرف الا التقادم بمضى ١٥ سنة عن جميع الحقوق بما فيها الارث والوقف عملا بالمادة ١٦٦٠ من المجلة المعمول بها بالدولة العلية ؟ ام

(١) المعاملات لابى الفتح بك ص ١٠٩

انه فى تقريره بالمادة ٥٤/٧٧ مدنى بالرجوع فى حالة المواريث والوقف الى القوانين المحلية اراد بذلك فقط الرجوع ال احكام التقادم المقررة اما باللوائح الشرعية (اى لائحة سنة ١٨٨٠ التى كانت معروفة قبل انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣) واما بكتب الفقه الاسلامى المأخوذ بها قبل سنة ١٨٧٥ وهو تاريخ انشاء المحاكم المختلطة ، اى بالعرف القضائى الذى جرى عليه القضاء الشرعى المصرى قبل سنة ١٨٧٥ ، وقبل المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ؟

هذان الرأيان هما محل النظر الآن وهما ما اخذ بهما القضاء الاهلى ، تارة بالاول وطوراً بالثانى

المبحث الرابع . التقادم الشرعى بمصر من الوجهة القضائية

(١) القضاء المختلط

٣٨٥ — اضطرد القضاء المختلط على اعتبار ان لا تقادم بالشريعة الاسلامية وان الحقوق لا تسقط فيها طال عليها الاجل ما طال ، وان حقوق الارث والوقف تمنع الدعوى فيها بمضى ٣٣ سنة وان المدة هذه لا تعتبر تقادماً [١] انما تعتبر دفعاً بعدم جواز نظر الدعوى [٢] وسار القضاء المختلط مضطرداً فى احكامه هذه لا يتغير . انما قال بعض الاحكام أن مضى المدة هذه يعتبر تقادماً مسقطاً [٣] بالنسبة لصاحب الحق نفسه ، أى أن الحق زال عنه [٤] ويتحرر العقار من الحق المقرر لصاحبه الاول عليه [٥]

---

(١) Prescription (٢) Fin de non recevoir استئناف م ، م ت ق ، ٢٩ ، ٢٧ . — ٢١ ، ١٩٩ . — ٢٥ ، ٢٨٥ (٣) Prescription extinctive

(٤) م ت ق ، ١٦ ، ١٤٨٠

(٥) أنظر بحثا فى التقادم فى الوقف لواضعه حامى عيسى باشا بمجلة مصر الحديثة سنة ١٩٢٠ المجلد ١١ ص ٤٤٩ — ٤٧٥ . — وبحثاً لواضعه فيليب عزيز بالمجلة ذاتها سنة ١٩٢١ المجلد ١٢ ص ٢٠٩ — ٢٣٢ وص ٢٩٩ — ٣١٧ . وبحثاً للاستاذ على زكى بك العرابى بالمجلد نفسه ص ٣١٨ — ٣٣٦ . — وبحثا ليوسف بك ذو الفقار بمجلة جازيت المجلد الاول سنة ٩١٠ — ٩١١ ص ٩٥ وما بعدها

(٢) القضاء الاهلى

٣٨٦ — ميز القضاء الاهلى بين حالتين ، الوقف والميراث

الحالة الاولى : حالة الوقف

٣٨٧ — للقضاء الاهلى فيه رأيان : رأى يقول بأن الوقف لا يزول بمضى مدة ١٥ سنة . ورأى يقول بأنه يزول بمضى ١٥ لا بمضى ٣٣ سنة

٣٨٨ — الرأى الاول للقضاء الاهلى فى الوقف : يقول بزوال الوقف بمضى ٣٣ سنة لا بمدة ١٥ . وحجته فى ذلك ما يأتى :

١) ان عدم النص على زواله بمدة ٣٣ سنة بالقانون الاهلى يفيد أن الشارع أراد الرجوع الى حكم الشريعة الاسلامية التى تقرر زواله بمضى ٣٣ سنة

٢) الوقف من الشريعة فمن الصواب افتراض أن الواقف أسس الوقف اتباعاً لمبادئها . وليس من العدل تطبيق قانون مخالف لقصد الواقف ، بل من العدل فى الاخذ بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الرجوع الى الشريعة

٣) ان الشريعة لم تقرر الملكية بالتقادم وعلى ذلك يكون تملك الوقف بالتقادم مخالف لاحكام الشريعة

٤) ان فى اباحة تملك العقار الموقوف مذهب بفائدة الوقف (١)

ولا يزول الوقف بمضى ٣٣ سنة لو اعترف الخصم بوجوده (٢).

٣٨٩ — الرأى الثانى للقضاء الاهلى فى الوقف : يقول هذا الرأى بسريان التقادم بمضى ١٥ سنة على الوقف لا بمضى ٣٣ سنة . وحجته فى ذلك :

---

(١) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٥ مجلة الاستقلال المجلد ٤ ص ٣٠٦ . — المجموعة الرسمية سنة ٩٠٥ ص ٢١١ . — قضاء المحاكم الاهلية . لعياشى ص ٤٣٥ نبذة ١٩٧٦ . — تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٦٠ نبذة ٣٨ و ٣٩ و ٤١ ص ٥٦ ن ٦ و ٧ و ٨ . استئناف ٨ مارس سنة ٩٢١ المجموعة الرسمية سنة ٩٢١ ص ٤٧ عدد ٢٢

(٢) استئناف ٢٩ يناير سنة ٩١١ المجموعة ٩١١ ص ١٤٩ . — قضاء المحاكم الاهلية لعياشى ص ٤٣٦ ن ١٩٧٧

١) لا يوجد بقانون المحاكم الاهلية (والمختلطة) نص يقضى بعدم جواز امتلاك الوقف بالتقادم بمضى ١٥ سنة . انما الذى ورد بالقانون هو عدم جواز امتلاك الاملاك المخصصة للمنفعة العامة بمضى المدة

٢) ان الشريعة عينت مدة لمنع سماع الدعوى . فعينت ١٥ سنة للدعاوى العادية و٣٣سنة لدعوى الوقف والارث . فهى اذن قد جعلت للزمن أثراً شرعياً على وجود الوقف

٣) متى كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الاهلية وجب أن يسرى قانونها عليها . والقانون لم يميز بين الاعيان الموقوفة وغير الموقوفة

٤) ان زوال ملكية الوقف لا يتصل بأصله حتى يقال بزوال اختصاص القضاء الاهلى عنه

٥) ان المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى قررت سقوط الملكية وجميع الحقوق العينية بمضى ١٥ سنة دون التمييز بين حق وحق [١] وهذا الرأى هو الاوجه والذى نراه الارجح وعلى الاخص فانه يتفق مع النزعة التشريعية العالمية الحاضرة فى أنها تمقت كل ما من شأنه قتل الحركة الاقتصادية أو شلها بقيود تذهب بعزية نمو الدورة الاقتصادية . ولقد أصبح نظام الوقف فى العصر الحاضر من النظم التى لا يرغب فيها الشارع لاسباب اقتصادية وأخلاقية . وقد آن لهذا الشارع ان أراد استبقاءه أن يعمل على ترتيب أحكام له تتفق مع العصر الاقتصادى الحاضر . واذا كان الامر كذلك وجب على القضاء أن يعمل ما من شأنه التمهيد لهذا التشريع الجديد فلا يقضى بسقوط الوقف بمدة ٣٣ سنة بل يقضى بمدة ١٥ سنة وذلك برغم اتفاق فقهاء الشريعة على ٣٣ سنة وعدم اختلافهم فيها . وهذا بخلاف مدة التقادم

(١) استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٠١ مجلة المحاكم مجلد ١٥ ص ٢١٩ . — تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٦٠ نبذة ٣٧ — استئناف فى ٢٥ مايو سنة ٩٨ الحقوق مجلد ١٢ ص ٩٧ — كتاب القضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى ج ٣ و ٤ ص ٨٥٢ نبذة ٢٤٤٧ . — حكم استئناف ٢٥ ديسمبر سنة ٩١١ الحقوق ٢٩ ص ١١٠ مشار اليه بكتاب مجموعة الاحكام لحمدى بك السيد فى القانون المدنى ص ٦١ نبذة ٣٠٨

فى دعوى الارث فانهم اختلفوا فى مدة سقوطها اذ قال بعضهم ٣٣ سنة والبعض الآخر ١٥ سنة كما سيجىء . على أن مدة ١٥ سنة هذه المقررة لسقوط الحقوق أصبحت هى الاخرى طويلة بالنسبة للعصر الحاضر لانها تقررت فى القرن السادس عشر أى عقب ولاية السلطان سليم العثمانى سنة ١٥١٧ فى الوقت الذى لم تعرف فيه الحركة الاقتصادية السريعة المعروفة الآن . ومن أهم عوامل تقصير آجال التقادم سهولة المواصلات ونشر المدنية وتعميم المعارف على الافراد . لان من شأن ذلك كله أن يجعل المالك بحيث لا يكون بعيداً عن ملكه فاذا بعد عليه ماديا فمن السهل عليه الاشراف على ملكه بالمكاتبة فى قطع مدة التقادم بأى وسيلة . ولذا كان نقد كولين وكابتان بحق فى طول مدد التقادم كما بينا ذلك فى مكانه

الحالة الثانية . حالة الميراث ومقارنة القضاء الاهلى والقضاء المختلط وآراء رجال الفقه الاسلامى

٣٩٠ — للقضاء الاهلى وجهتان من النظر من حيث التفرقة بين مدتى ١٥ سنة و٣٣ سنة . وللقضاء المختلط وجهة مندمجة فى وجهة النظر الثانية للقضاء الاهلى :

٣٩١ — وجهة النظر الاولى . يقول القضاء الاهلى فى طريق أخذه بالتفرقة بين ١٥ سنة و ٣٣ سنة أنه يجب التميز بين نوعين من الدعوى المرفوعة بالميراث . النوع الاول . اذا رفعت الدعوى من الوارث على وارث : فى هذه الحالة تسقط الدعوى بمضى ٣٣ سنة — النوع الثانى اذا رفعت الدعوى من الوارث على أجنبى . فى هذه الحالة يجب الاخذ بمضى مدة ١٥ سنة[1] ويلحق القضاء الوصية بالارث[2]

---

(١) استئناف ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ الحقوق ٣٥ ص ٥٩ — حكم ابتدائى ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ المجموعة سنة ١٩٢٠ ص ١٥٣ عدد ٩٤ — القضاء المصرى الاهلى لجمال بك المحامى المجموعة الثانية سنة ١٩٠٩ — ١٩١٩ ص ٣٨٢ نبذه ١٠٤١ و١٤٠٢ — تعليقات جلاد على القانون المدنى ص ٥٦ ن ٧ — وص ٦٠ ن ٤٠ . انظر مقالا بمجلة جازيت سنة ٩١٦ — ٩١٧ المجلد ٧ ص ٧٨ — ٧٩ لواضعه الاستاذ اسكندر لكح فى التقادم بثلاثة وثلاثين سنة فى مسائل الارث .

(٢) حكم استئناف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٧٣ — مجموعة جمال الاولى ص ٦٣٥

٣٩٢ — وجهة النظر الثانية : وجهة النظر الثانية هذه يقول بها القضاء المختلط والقضاء الاهلي : وهي تنحصر في التفرقة ، عند الاخذ باحدى المدتين ١٥ سنة أو ٣٣ سنة بين دعوى الارث ودعوى الملكية . وللقضاء المختلط والقضاء الاهلي طريقتان في التفرقة بين هاتين الدعويين ، وكل طريقة تنتهي منهما بنفس النتائج التي تنتهي بها الثانية . ولكن هل هي هي بعينها نفس النتائج التي تنتهي بها وجهة النظر الأولى ؟

٣٩٣ — ١ — طريقة القضاء المختلط في التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الارث : يقول هذا القضاء أن لدعوى الميراث [١] صفتان لاصقتان بها . الصفة الاولى كونها دعوى شخصية[٢] أي أنها دعوى يطالب فيها المدعي القائل بالوراثة الحكم له بانه وارث وتعيين نصيبه في التركة ان كان النصف أو الثلث الخ . — والصفة الثانية كونها دعوى عينية [٣] أي المطالبة بتثبيت ملكيته لنصيبه الشرعي المقرر له في الحالة الاولى

ورتب القضاء المختلط على هذين الوصفين الهامين لدعوى الارث النتيجة الهامة الآتية . قال بأن دعوى الارث بصفتها الاولى في كونها شخصية هي من اختصاص القضاء الشرعي . وأما بصفتها الثانية في كونها عينية فهي من اختصاص القضاء العادي المدني غير الشرعي[٤] وعلى هذه النتيجة رتب هذا القضاء المختلط النتيجة الآتية وهي : أن المادة ٩٦ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة في ٢٧ مايوسنة ١٨٩٧ التي قررت منع سماع دعوى الارث بعد ٣٣ سنة انما قررت دفعاً بعدم جواز نظر الدعوى[٥] ولم تقرر التقادم المكسب أو المسقط[٦] وعلى ذلك

ن ١٧٨ وهو حكم مطول أتى على تفصيل واف للتقادم في حكم الشريعة الاسلامية وآراء رجال الفقه فيه

(١) Action en pétition d'hérédité (٢) Action personnelle
(٣) Action réelle (٤) استئناف م ٢٧ مايو سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ص ٣١١ والاحكام الواردة بالهامش ٣
(٥) Fin de non recevoir (٦) Prescription

لا تأثير لهذا الدفع الشرعى على الدفع بالتقادم لان عدم الجواز هذا دفع شرعى راجع للقضاء الشرعى ، والدفع بالتقادم دفع مدنى راجع للقضاء الاهلى . وعلى ذلك يجوز أمام القضاء المدنى التمسك بالتقادم وهو لا يكون الا بمدة ١٥ سنة ، ضد التركة نفسها أى ضد الورثة الممثلين للتركة ، ويجوز للدائن المرتهن رهناً رسمياً لعقار مملوك بالتقادم التمسك هو الآخر أيضاً بمدة ١٥ سنة

ومما مر هل تتفق النتيجة القانونية لوجهة النظر للقضاء المختلط هذه مع وجهة النظر الاولى للقضاء الاهلى ؟ لا تتفق النتيجة فيهما . لان الرأى الاول الاهلى يقول كما رأينا بسقوط حق الوارث بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة فى حالة النزاع فى الملكية . ولكن القضاء المختلط يقول كما لاحظنا ذلك ، بأن حق الوارث قبل الوارث يسقط بمدة ١٥ سنة لا ٣٣ سنة اذا كان النزاع خاصاً بالملكية لا بالنصيب الشرعى فى الميراث

٣٩٤ — ٢ — طريقة القضاء الاهلى فى التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الارث : يستند هذا القضاء فى تلك التفرقة الى أصلين شرعيين والى المادتين ٥٨٨ من قانون العدل والانصاف ، والمادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة فى ٣ يوليو سنة ١٩١٠ . أما الاصلان الشرعيان فهما المستفادان من المادتين المذكورتين ، لان أولهما يقضى بعدم سقوط الحق بتقادم الزمان ويقضى ثانيهما بتخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . وقد بينا ذلك فى مكانه . وأما المادة ٥٨٧ من قانون العدل والانصاف فهى ما يأتى : « الحق لا يسقط بتقادم الزمان . فلو وضع شخص يده على دار أو أرض أو غيرهما مدة سواء طالت المدة أو قصرت وهو معترف بأنها ملك فلان فانه يؤمر بردها اليه اذا طلب فلان ذلك . وان كان منكراً أنها ملك فلان ، وفلان يدعى أنها ملكه ، ينظر ان كان مضى على وضع يده خمس عشر سنة فأكثر لا تسمع الدعوى الا فى الارث والوقف وعند وجود عذر شرعى . لكن فى الارث والوقف انما تسمع الدعوى بعد مضى هذه

المدة اذا لم يمض على وضع اليد ثلاث وثلاثون سنة . أما اذا مضى ذلك فلا تسمع دعوى الارث والوقف أيضاً الا عند وجود عذر شرعى » وأما المادة ٣٧٦ من اللائحة الشرعية الصادرة سنة ٩١٠ فقد سبق لنا ذكرها بالنص ، اذ نصت على سقوط الحق بمضى ١٥ سنة الا فى الارث والوقف فيسقط بمدة ٣٣ سنة

واستنتج هذا القضاء من ربط المادتين ببعضهما البعض ومن المادة ٥٤ مدنى الخاصة باتباع أحكام الشريعة فيما يتعلق بالمواريث ، ومن المادتين ٧٦ و٢٠٨ مدنى الخاصتين بسقوط الحقوق العينية والشخصية بمدة ١٥ سنة ، استنتج من ذلك كله ان دعوى الملكية الآيلة عن الارث تسقط بمضى ١٥ سنة ، وان دعوى الارث فى ذاتها تسقط بمدة ٣٣ سنة . وانه على ذلك يجب على القضاء الاهلى أن لا يأخذ بغير المادتين ٧٦ و٢٠٨ فى حالة الملكية بسبب الارث (أو بغير سبب الارث) وانه يحرم عليه فى هذه الحالة الرجوع الى قوانين وشرائع أخرى » [١]

وقرر هذا القضاء بأنه « قد ورد فى كتب الفقه أن الدعوى فى الملكية الآيلة عن ارث أو شراء أو هبة ونحو ذلك لا تسمع اذا مضى على وضع اليد خمس عشرة سنة ، وكان واضع اليد منكراً لحق المدعى » ثم أشار بعد ذلك الى تنقيح الفتاوى الحامدية والمبسوط ورد المحتار على الدر المختار

هذا فى القضاء نتيجته هو نفس القضاء المختلط فى نتيجته أيضاً ، اذ يتفق هذان القضاءان ، القضاء المختلط ، والقضاء الاهلى ، فى وجهة النظر الثانية ، أى أن دعوى الملكية تسقط بمدة ١٥ سنة مهما كان سببها ومهما كان الخصم فيها وارثاً كان أو أجنبياً . وهذا يخالف الرأى الاول للقضاء الاهلى ، الذى قصر سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنة على حالة مخاصمة الوارث للاجنبى من التركة

والذى نرجحه نحن هو هذا الرأى الثانى لانه يتفق مع النصوص القانونية

(١) استئناف ١٣ فبراير سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ ص ١٥٧ رقم ٦٠ وهو حكم مطول وهام

المدنية أهلية ومختلطة ويتفق أيضاً مع النصوص التشريعية الشرعية ومع رأى بعض فقهاء الشريعة الاسلامية

أما من حيث الاتفاق مع النصوص التشريعية الشرعيـة فان المواد الواردة باللوائح المختلطة الخاصة بالمحاكم الشرعية قد أشارت الى ١٥ سنة والى ٣٣ سنة ولم تفرق فى اشارتها الى ١٥ سنة ان هذه المدة لا تتمشى على دعاوى الميراث الخاصة بالمطالبة بمال أى حق مالى له أثر فى ثروة الانسان أى ماله . نعم ولو أنها لم تشر أيضاً فى ذكرها لمدة ٣٣ سنة الى انها خاصة بحالة اثبات صفة الوراثة فقط لا الى المطالبة بحق مالى ، الا أن المفهوم أن القضاء الشرعى ممنوع عملا (لا قانوناً أى من الوجهة التشريعية البحت لعدم وجود النص) من القضاء فى الحقوق المالية الخاصـة بالتعامل المدنى وغيره ، الا اذا تعلق هذا الحق بحق شرعى فى أصـله والفصل فيه يرجع الى القضاء الشرعى كالمطالبة بمؤخر الصداق أوالحضانة أوالنفقة (على أننا نلاحظ أنه فيما يتعلق بمؤخر الصداق فالفصل فيه للقضاء الاهلى اذا كان المؤخر ثابتاً بسند . أما اذا تناول النزاع الزوجية وجوداً وعدماً خرج النزاع من حظيرة القضاء الاهلى فيما يتعلق بالزوجية . وأما الحضانة وأجرتها فهى من اختصاص القضاء الشرعى المحض . وأما النفـقة فانه قد سبق أن رأينا انها أصبحت هى الاخرى مقررة بالنصوص المدنية فوق تقريرها بالنصوص الشرعية « المواد ١٥٤ — ١٥٧ / ٢١٦ — ٢١٩ مدنى ») وعلى ذلك تؤيد القضـاء المختلط فيما ذهب اليه من أن دعوى الميراث اذا رمت الى المطالبة بحق وجب رفعهـا امام القضـاء المدنى . وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمدة ١٥ سنة . وأما اذا أريد بها مجرد اثبات الوراثة وجب رفعها أمام القضاء الشرعى . وفى هذه الحالة يؤخذ بمدة ٣٣ سنة . ولـكن ربمـا يحصل التساؤل فيما يأتى : علام هذه الدعوى فى اثبات الوراثة لمجرد اثبات كون المدعى وارثاً للمتوفى ما لم يكن الغرض منها غرضاً مالياً ؟ أليس كل دعوى ارث انمـا ترمى فى الحقيقة الى المطالبة بنصيب فى التركة ؟ واذا كانت كل دعوى ارث هى دعوى مالية اذ تستحيل الى مال حتما فيجب أن تسقط بمضى ٣٣

سنة لا بمضى ١٥ سنة، لانه لا معنى الآن لهذه التفرقة ما دام أن دعوى الارث هى دائماً وأبداً دعوى مالية ؟ هـذا الاعتراض فى محله لو كانت كل دعوى ارث مالية حتما . ولكن هناك من دعاوى الارث ما لا ينصرف الى مال ضرورة بل يكون الغرض منها مجرد اثبات الوراثة للمتوفى لاغراض شتى : مثلا لان مدعى الوراثة انما يريد أن يفخر بانتسابه الى المورث المتوفى باعتبار هذا الاخير من طبقة الاشراف أو الحاكمين فيصيب بذلك فوائد أدبية لا تخفى. ومنها أيضاً أن مدعى الوراثة انما يريد بها أن يكون وارثاً لفلان حتى يكون كفئاً للتزوج من الاسرة الفلانية . والكفاءة شرط من شروط الزواج شرعاً

اذا علم ذلك وجب علينا الاشارة أيضاً الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بسقوط دعوى الارث بمضى المدة . ذلك لانهم وان اتفقوا فى سقوط دعوى الوقف بمدة ٣٣ سـنة الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالارث اذ قال بعضهم بسقوطها بمدة ١٥ سنة واليك البيان :

جاء بكتاب ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة سنة ١٣٢٥ هـ ما يأتى : (فروع) «القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ . قلت فلا تسمع الآن بعدها الا بأمر الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى . وبه أفتى المفتى أبو السعود فليحفظ » هذا هو المتن الذى ورد بهامش الصفحة ٤٥٦ . واليك الآن ما قرره ابن عابدين نفسه فى شرحه لهذا المتن . قال : « (لا تسمع الآن بعدها) أى لنهى السلطان عن سماعها بعدها . فقد قال السيد الحموى فى حاشية الاشـباه : أخبرنى أستاذى شيخ الاسـلام يحيى افندى الشهير بالمنقارى أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم فى جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث اهـ . ونقل فى الحامدية فتاوى من المذاهب الاربعة بعدم سماعها بعد النهى المذكور[1]

(١) انظر ص ٣٥٦ المذكورة

وقال ابن عابدين أيضاً ص٣٥٦ — ٣٥٧ ما يأتى : « قوله الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى » استثناء الارث موافق لما مر عن الحموى ولما فى الحامدية عن فتاوى احمد افندى المهمندارى مفتى دمشق انه كتب على ثلاثة أسئلة انه تسمع دعوى الارث ولا يمنعها طول المدة . ويخالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه ان الارث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة . وقد نقل فى الحامدية عن المهمندارى أيضاً أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الارث بعد بلوغها خمس عشر سنة بلا عذر ان الدعوى لا تسمع الا بأمر سلطانى . ونقل أيضاً مثله فتوى تركية عن المولى أبى السعود وتعريبها . اذا تركت دعوى الارث بلا عذر شرعى خمس عشر سنة فهل لا تسمع ؟ الجواب لا تسمع الا اذا اعترف الخصم بالحق ونقل مثله شيخ مشايخنا التركانى عن فتاوى على افندى مفتى الروم . ونقل مثله أيضاً شيخ مشايخنا السائحانى عن فتاوى عبد الله افندى مفتى الروم . وهذا الذى رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الارث والله سبحانه أعلم » اه

هذا ونضيف الى ما تقدم أن طول المدة فى التقادم مما يتعارض فى الاوقات الحاضرة مع النهضة العلمية القانونية وان علماء القانون يميلون الى تقصير آجال التقادم . ولا معنى البتة فى تقرير مدتين فى سقوط الحقوق بشأن التركة . وان قيل بأن يد الوارث المدعى عليه كانت يداً نائبة لا يداً مالكة وان ذلك هو السبب فى اطالة مدة التقام وجعلها ٣٣ سنة ، فلا يعبأ بهذا القول . لانه فى حالة ما اذا كانت اليد نيابية فلا تملك مهما طال الأجل ما دامت نية التمليك منعدمة . وأما اذا تغيرت اليد من يد نائبة الى يد مالكة ، وأمارات التغيير كثيرة ، فان واضع اليد يملك بمدة ١٥ سنة من تاريخ تغير النية وهذا ظاهر[1]

---

(١) أنظر فى كل نقدم ما يأتى : الالتزامات ص ٥٢٨ — ٥٤٠ نبذة ٥٤٥ — ٥٦٢ التقادم فى الوقف لحامى باشا عيسى بمجلة مصر العصرية مجلد ١١ سنة ٩٢٠ ص ٤٤٩ — ٤٧٥ — ومقال ف . عزيز بالمجلد ١٢ سنة ٩٢١ ص ٢٠٩ — ٢٣٢ و ص ٢٩٩ — ٣١٧ — ومقال

و — ٨ التقادم القصير

بخمس سنوات

٣٩٥ — هذا التقادم يسمى بالتقادم الخمسى [١] وهو المنوه عنه بالمادة ٧٦/١٠٢ مدنى حيث قررت « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية [٢] لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو وكيل عنه بغير منازع [٣] مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك [٤] بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح [٥] فاذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » والفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى. اذ جعلت المدة ١٠ سنوات و٢٠ سنة على حسب ما اذا كان المالك الحقيقى مقيما بدائرة محكمة الاستئناف الموجود به العقار أو خارجاً عن دائرتها. وزادت المادة الفرنسية عن المادة المصرية بان قالت بحسن نية واضع اليد مع السبب الصحيح . وسنرى أن السبب الصحيح يقتضى حتما حسن النية . وهذا التقادم القصير لا ينطبق الا على العقارات . وشروطه السبب الصحيح وحسن النية . وهما اذا توافرا لدى واضع اليد كان أهلا وجديراً برعاية القانون

ولم هذه العناية ؟ وما السبب فى تقريرها للمشترى من غير مالك اضراراً بالمالك الحقيقى ؟ السبب فى ذلك يرجع الى نظرية التفاضل بين شخصين كلاهما جدير بحماية القانون : المالك الحقيقى الذى تخلى عن ملكه خمس سنوات . والمشترى الذى

لعلى زكى العرابى بك بالمجلد نفسه ص ٣١٨ — ٣٣٩ — ومقال ليوسف بك ذو الفقار بمجلة الجازيت مجلد ٢ ص ٩٥ — ومقال للاستاذ اسكندر لكح المحامى بالمجلة نفسها مجلد ٧ ص ٨١

(١) Prescription quinquennale ويسمى أيضا Usucapion de cinq ans

(٢) La propriété et les droits réels s'acquièrent

(٣) par une possession paisible, publique et continue

(٤) à titre non équivoque de propriétaire

(٥) Juste titre

اشترى بحسن نية من بائع اعتقد فيه أنه مالك ، وظل واضعاً يده خمس سنوات. فاذا وازنا بين الشخصين وأيهما أجدر بحماية القانون لرأينا المشترى هو الاحق بها. لان الخطأ وقع من جانب المالك فى تخليه عن عقاره ، ولم يقع خطأ ما من جهة المشترى [1] وحماية الشارع للمشترى بحسن نية متوقفة على مضى خمس سنوات . فاذا لم تمض فضل الشارع المالك الاصلى على المشترى . وللزمن أثر ظاهر لدى الشارع فى تأييد الحقوق وتثبيتها

§ ١ — فى السبب الصحيح

٣٩٦ — لا يراد بالسبب الصحيح السند المملك[2] بل يراد به نفس العملية القانونية التى انتقلت الملكية بمقتضاها [3] أو انتقلت بها الحقوق العينية العقارية كما نصت بذلك المادة ٧٦ المذكورة ، وانه ما كان ينقص هذه العملية سوى أن تكون حاصلة بين المشترى والمالك الحقيقى . وعلى ذلك اذا صدر البيع أو الهبة أو البدل من غير المالك [4] فلا يصبح المشترى أو الموهوب اليه ، أو الطرف الثانى للبدل مالكا لمحل العقد . ولكن العقد ، أو العمل القانونى ، يصح فى حكم السبب الصحيح الموصل للتملك بمضى المدة القصيرة فيما اذا وضع المشترى يده على العقار [5]

وعلى ذلك متى يعتبر أن هناك سبباً صحيحاً ؟ ان المسئلة من الدقة يمكن حلها

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٧ ن ١٣٢ — اما اذا كان المشترى سيء النية ، فان الخطأ واقع من الاثنين . ولكن الشارع مع ذلك يفضل المشترى اذا مضت عليه مدة ١٥ سنة

Non dominus (٤) Acte juridique (٣) Écrit (٢)

(٥) والسبب الصحيح هو العقد الذى من شأنه أن يكون صالحاً فى ذاته لنقل الملكية بصرف النظر عما اذا كان صادراً من المالك الحقيقى أو من سواه وبقطع النظر أيضا عما اذا كان الصادر منه العقد متمتعا بأهلية التصرف أم لا مع اضافة سلامة نية المشترى : مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٣ — ويجب أن يكون العقد المكون للسبب الصحيح ثابت التاريخ : مرجع ص ٣٨٣ ن ١٣٨٥ — بور سعيد أول اكتوبر سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٨ ص ٢٠ عدد ١٢ ، ح ٢٢ ص ٢٥٢ ، مرجع ص ٣٨٤ ن ١٣٨٨ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٣ ن ١٢٣ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٤ ن ١٢٦ وص ٣٥٥ ن ١٢٧ و ١٢٨

بسهولة اذا صادفت تشريعاً صحيحاً غير مشوب . فيجب القول بوجود سبب صحيح اذا توافرت لدى الشخص الشروط العامة لوضع اليد المفيد والصحيح ثم استقرت يده على العقار بطريقة منتظمة ، وكان ذلك عقب عقد بيع أو هبة أو بدل أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية بوجه عام ، وبحيث أن لا تشوب يده على العقار مظاهر الغاصب الذى يتحين فرصة خلو العقار عن يد تستغله فيستحله لنفسه . وبعبارة أخرى يجب أن لا يخرج السبب الصحيح عن اعتباره ركناً من أركان حسن النية أى أمارة على حسن النية [1] وهذا ما فعله الشارع المصرى بأن ذكر السبب الصحيح دون حسن النية ، ومع ذلك لا يمكن القول بالسبب الصحيح بهذا الوصف الذى أتينا به الا اذا كان هناك حسن نية (أما القانون الفرنسى فقد نص بالمادة ٢٢٦٥ على السبب الصحيح وحسن النية) . ولكن القضاء الفرنسى لم يرهدا الرأى ورأى ضرورة الاخذ بالشرطين . أى انه رأى ان السبب الصحيح ، باعتباره ركناً من أركان التملك بالتقادم القصير ، ركن مستقل عن حسن النية . وهو فى ذلك انما يجرى على أن لا يخرج عن التقاليد التى عرفت عند الشارحين للقانون الفرنسى القديم ، حيث أخذها هؤلاء الشارحون عما كتبه مشترعو الرومان فى هذا الصدد . وعلى ذلك يرى القضاء الفرنسى فى السبب الصحيح باعتباره شرطاً لازماً للتقادم الخمسى العقارى ، انه ركن قائم بنفسه مستقل عن حسن النية . ويرى هذا القضاء أنه لا بد فى العقد الذى وضع المتقادم به يده على العقار ، أن يكون عقداً مثبتاً للملكية أى منشئاً لها [2] ، لا عقداً مظهراً لها أى مقرراً لها باعتبار وجودها السابق على العقد [3] . وتترتب على هذا القضاء النتائج الآتية :

٣٩٧ — ١ . — هل يعتبر الوفاء بوجه عام [4] بمثابة السبب الصحيح ؟

(١) كابتان ص ٩٠٤ (٢) Attributif

(٣) Déclaratif : د ، ٩٤ ، ١ ، ١٠٣ — د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٢٥٣ — د ، ٩٩ ، ١ ، ١٣٤ — س ، ٩٠١ ، ١ ، ٤١٥ — د ، ٩٠٦ ، ١ ، ٣٥١ — س ، ٩١٠ ، ١ ، ١٧٢

(٤) Paiement.

فاذا فرض وجاء وارث وظن خطأ أن مورثه أوصى بعقار لموصى اليه وسلمه فعلا العقار ، فهل يعتبر الوفاء من جانب الوارث ، أى تسليم العقـار منه الى الموصى اليـه ، بمثابة السبب الصحيح ، بحيث يمكن للموصى اليـه تملكه بمضى المدة القصيرة ؟ لا يعتبر تسليم العقـار بمثـابة عقد ناقل للملكية ، أى سبباً صحيحاً . لان الملـكية فى الوصية قد انتقلت للموصى اليـه بوفاة الموصى . وأما التسليم الحاصـل من الوارث فهو تسليم العقار بالذات أى نقل الحيـازة من الوارث الى الحائز الجديد وهو الموصى اليه ، ولا يعتبر نقل الحيـازة سبباً للتمليك ، أى عقداً ناقلا للملكية

٢ . — لا يعتـبر الارث[1] فى ذاته سبباً صحيحاً موصلا للتملك بالتقـادم الخمسى العقارى[2] . فاذا وضع الوارث يده على عقار وجده بتركة مورثه وظن خطأ أنه مملوك للمورث ، فلا يعتبر أخذه للعقار بسبب الارث هذا سبباً صحيحاً . واذا أريد هنا معرفة أين هو منبت السبب الصحيح ومكانه يجب البحث عنه فى شخص المورث نفسه . أى أن السبب الصحيح فى هـذه الحالة هو العقد الناقل للملكية الذى امتلك المتوفى بمقتضاه ، سواء كان عقد بيع أو هبـة وما الى غير ذلك من العقود النـاقلة للملكية ولا تخرج المـادة ٧٩ / ١٠٤ مدنى و ٢٢٣٧ فرنسى عن كونها مظهراً عملياً لهذه القاعدة ، لانها قررت أنه لا يجوز لورثة الحائز العرضى أن يتملكوا بالتقادم

٣ . — لا تعتبر القسمة[3] سبباً صحيحاً[4] . لان القسمة بالقـانون المصرى الاهلى (وفى المختلط بمذهب القضاء المختلط لا بالقانون المختلط) لا تعتبر عقداً مثبتاً للملكية بل هى عقد مظهر أى مقرر لا منشئ . (المادة ٤٥٧/٥٥٥ مدنى و٨٨٣ فرنسى) وعلى ذلك اذا أريد معرفة أين هو السبب الصحيح فلا يبحث عنه فى عقد القسمة بل يجب البحث عنه فى العقد الاصلى الذى ملك به المالكون

---

(١) Succession
(٢) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٣٠
(٣) Partage
(٤) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٥ ن ١٢٩

على الشيوع معاً كما اذا اشتروا معاً عقاراً بالاشتراك

٤ . — بما أن الحكم مظهر للحق لا مثبت له ، أى مقرر ومؤيد لا منشئ فهو كعقد القسمة سواء بسواء[1] فاذا فرض وكان هناك زيد وبكر وخالد . وكان المالك الحقيقى للعقار هو خالد . ثم تخاصم زيد مع بكر فحكم للاول بالملكية فى مواجهة بكر . فهل يعتبر هذا الحكم بمثابة سبب صحيح بالنسبة لخالد المالك الحقيقى ؟ لا يعتبر كذلك فاذا رفع خالد الدعوى على زيد وطلب تثبيت ملكيته للعقار فليس لزيد الادعاء بالتملك بالتقادم الخمسى العقارى فى وجه خالد المالك الحقيقى للعقار . واذا أريد معرفة أين هو العقد بمثابة السبب الصحيح وجب البحث عنه فى العقد الاصلى الذى تملك به زيد العقار واستند فيه على ملكيته قبل بكر[2]

٥ — الصلح[3] : اذا تنازع اثنان على عقار وانتهى بهما الامر على التصالح فيما بينهما بأن ترك أحدهما العقار فى مقابل ما تقاضاه من الآخر عن المبلغ نظير هذا الترك ، ثم ظهر بعد ذلك أن العقار ليس مملوكا لاحد منهما ، وجاء المالك الحقيقى وطلب تثبيت ملكيته للعقار ، فهل يجوز لمن أخذ العقار صلحاً أن يدفع الدعوى قبل المالك الحقيقى بالتقادم الخمسى العقارى ، باعتبار أن عقد الصلح السابق انما هو سبب صحيح موصل للتملك بمضى المدة هذه ؟ يقول الفقه المصرى بالسلب[4]

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٢٩

(٢) واذا رسا المزاد على نازع الملكية وبطل الحكم الصادر برسى المزاد عليه لسبب ما فلا يمكن التمسك باكتساب الملكية بوضع اليد بحسن نية والسبب صحيح مدة خمس سنوات باعتبار حكم لبيع الصادر له كسبب لانه لا يجوز أن يخلق نازع الملكية لنفسه سبباً صحيحا : استئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢ ص ٥٠١ عدد ١٦٩ ، مرجع ص ٣٨٣ ن ١٣٨٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩١١ ، ٢٣ ، ٢٥١ — انظر مع ذلك دى هلس (ج ٣ ص٣٥٦ ن ١٢٩) اذ يرى أن أحكام مرسى المزاد معتبر بطريقة استثنائية ناقلة للملكية فيجوز اعتبارها سببا صحيحا . وكذلك يرى أيضا فى الاحكام لمصادقة على ما اتفق عليه الخصوم Jugements de convenu ou d'expédient

(٣) Transaction

(٤) دى هلس ج٣ ص ٣٥٦ ن ١٢٩

ومثله القضاء الفرنسى[1] وحجة هذا الاخير أن الصلح لم يخرج عن كونه مجرد الاقرار بالحق لاحد طرفى عقد الصلح . وعلى ذلك فهو عقد مظهر للحق أى مقرر له لا منشئ . وفوق ذلك فان المادة ٦٥٧/٥٣٥ مدنى تقرر بعدم جواز الطعن فى الصلح الا اذا شابته احدى الشوائب المعينة كالغش والغلط أى انه يعتبر كحكم حائز قوة الشيء المحكوم فيه كما نصت على ذلك بعبارة صريحة المادة ٢٠٥٢ مدنى فرنسى

ولنفرض ان الشخص الذى استلم العقار بعقد الصلح بدلا من ان يدفع مبلغاً من النقود قد سلم للطرف الآخر عقاراً فى مقابل اقرار خصمه له بملكيته للعقار المتنازع فيه . وظهر فيما بعد ان هذا العقار المقابل للمبلغ ليس مملوكا لمن أعطاه . فى هذه الحالة يعتبر العقار المأخوذ فى مقابل المبلغ قابلا لان تحصل ملكيته بالتقادم الخمسى فى يد حائزه الاخير ، وهو الطرف الاخر فى عقد الصلح ، لانه انما تملكه بعقد ناقل للملكية أى عقد مظهر للحق لا مثبت له

٦ — **العقد المعلق على شرط** : ان كان الشرط توقيفاً فلا يعتبر العقد سبباً صحيحاً طالما الشرط لم يتحقق . وعلى ذلك لا يجوز لصاحب العقد التمسك بالمدة التى لم يتحقق فيها الشرط[2] ولا عبرة هنا بالاثر الرجعى للشرط . واذا تحقق الشرط فان المشترى لا يعتبر مالكا وقت تحققه كما انه لم يعتبر مالكا قبل تحققه لانه اشترى شيئاً مملوكا للغير وتعاقد مع غير المالك . أما وضع يده على المبيع فانه فى الحقيقة سابق لاوانه ولا يعتبر وضع اليد انه حاصل بمقتضى العقد ، ولكنه حاصل ضد العقد . وعلى ذلك لا يجوز احتساب مدة تحقق الشرط فى حساب الخمس السنوات . ولا تبتدئ هذه المدة الا من وقت تحقق الشرط[3]

وان كان الشرط فاسخاً فان المشترى يعتبر واضعاً يده عند حصول العقد ، باعتباره مالكا . وعلى ذلك يجوز له ان يتملك بالتقادم ضد المالك الحقيقى ، الا

(١) د ، ٦٥ ، ١ ، ٤٥٧ — س ، ٦٦ ، ١ ، ٧٣
(٢) أوبرى ورو ج ٢ ن ٢١٨ ف ١٢ ، بلانيول ج ١ ن ٢٦٦٣
(٣) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٤ ن ١٢٤

اذا تحقق الشرط الفاسخ فتزول لديه آثار التقادم لان العقد يفسخ اذ ذاك[(١)]

٣٩٨ — السبب الصحيح والعقود غير الصحيحة : قلنا ان السبب الصحيح هو العقد الصحيح المملك تمليكا مثبتاً . وما القول الآن بشأن العقد غير الصحيح[(٢)] وهو العقد الذى لم يحصل طبقاً لشروط القانون ؟ فهل يعتبر هو الآخر بمثابة السبب الصحيح المملك بمضى المدة القصيرة ، أم لا يعتبر كذلك ؟ ان العقد لا يعتبر سبباً صحيحاً موصلا للتملك الخمسى العقارى الا اذا كان صحيحاً مطابقا للقانون . وهنا نرى ضرورة التكلم على العقد الباطل[(٣)] والعقد الظنى[(٤)] وهل يعتبران سبباً صحيحاً أم لا

١) — **فى العقد الباطل** : تقول المادة الفرنسية ٢٢٢٧ « ان العقد الباطل شكلا لا يصلح سبباً للتملك بمضى المدة من عشر سنوات الى عشرين سنة » أى ان العقد الباطل بسبب شكلى لا يصلح لان يكون سبباً صحيحاً موصلا للتملك بمضى المدة القصيرة ، أى التقادم الخمسى العقارى المنوه عنه بالمادة ٧٦ مصرى . وحكم المادة الفرنسية عام لابد من الاخذ به هنا أيضاً . فاذا وضع الموهوب له يده مثلا على العقار الموهوب اليه بعقد لم تلاحظ فيه القيود القانونية المقررة بالمادة ٤٨ / ٧٠ مدنى و٩٣١ فرنسى ، بأن حصلت الهبة بعقد عرفى ، فلا يعتبر هذا العقد العرفى سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسى العقارى[(٥)] . وعلى ذلك اذا وهب العقار من واهب غير مالك لهذا العقار ، ثم جاء المالك الحقيقى[(٦)] وادعى الملكية بعد مضى خمس سنوات على يد الواهب بالعقار ، صحت دعواه وقضى له بالعقار .

٣٩٩ — ومن هذه المادة الفرنسية المطابقة للقواعد العامة يمكن تقرير القواعد الآتية بشأن العقود الباطلة وعلاقتها بالتقادم الخمسى العقارى :

---

(١) بلانيول ج ١ ن ٢٦٦٣ ، دى هلس ج ٣ ص ٣٥٤ ن ١٢٤

(٢) Titre irrégulier (٣) Titre nul (٤) Titre putatif

(٥) : استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢٧٣ عدد ٢٩٤ . انما يجوز تملك العقار بمضى ١٥ سنة (الحكم المذكور)

(٦) Verus dominus

١ . — ان البطلان كما نعلم بطلان مطلق [١] وبطلان نسبي [٢] . فالبطلان المطلق ما شاب العقد وقضى عليه من وقت ظهوره فيولد العقد ميتاً ، أو يخلق في الوقت الذي تخمد فيه أنفاسه . أو بعبارة أخرى هو عقد لم يوجد ، أو هو لا شيء [٣] . فالشروط الشكلية للعقد الرسمى كالهبة والرهن الرسمى العقارى وعقد نقل الضمانات بالنسبة للغير فى حالة استبدال الدين [٤] (المادة ١٩١/٢٥٥ مدنى) شروط لازمة للعقد وبدونها لا يولد العقد ولا يعتبر أن له وجوداً قانونياً [٥] وعلى ذلك لا يقبل العقد الباطل بطلانا مطلقا تصحيحا له [٦] لان التصحيح لا يلحق الا الموجود . انما يجوز عمل عقد من جديد . والتصحيح تنازل عن التمسك بسبب العقد ، ولا يجوز التصحيح هنا لان طرفى العقد لا يملكانه ما دام ان البطلان خاص بالنظام العام

وما دام ان التنازل غير جائز فكذلك ما يلحق بالتنازل . وعلى ذلك هل يسقط حق المطالبة بالبطلان بمضى ١٥ سنة . الاصل انه لا يسقط . ولكن القضاء الفرنسى ميز بين حالتين . ما اذا كان الواهب هو المدعى ، أو أن الموهوب اليه هو المدعى . ففى الحالة الاولى يسقط حق الواهب المدعى فى بطلان العقد ورد الموهوب . وفى

---

(١) Nullité absolue (٢) Nullité relative : راجع نظرية البطلان فى الالتزامات ص ٢٣٥ — ٢٤٧ ن ٢٥٣ — ٢٦٤

(٣) فالعقد الصورى لا يعتبر سببا صحيحاً مبرراً للتملك بمضى المدة بخمس سنوات : استئناف ١١ فبراير سنة ٩٠٢ م ر ١ ، ٣ ص ١٩٤ عدد ٧٢ ، ح ١٧ ص ١٨٢ ، مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٨٠ . — مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٨٢ — ولا يعتبر سبباً صحيحاً العقد غير الموجود من الوجهة القانونية (١٥ يونيو سنة ٩٣ ، ٥ ، ٣١٨) والعقد الباطل بسبب يتعلق بالنظام العام ، والعقد ذو السبب الغير الشرعى والعقد الصادر من الشخص معدوم الاهلية . كالمجنون والصبى : دى هلس ج ٣ ص ٣٥٢ ن ١١٩

(٤) Novation

(٥) وعلى ذلك لا يصلح العقد الباطل شكلا سبباً للتملك بالتقادم الخمسى : استئناف ٢٠ مارس سنة ٩٠٦ م ر ١ ، ٧ ص ١٩٩ عدد ٩٧ ، ح ٢١ ص ٢٥٠ ، مرجع ص ٢٨٢ ن ١٣٧٨ . ومن اشترى عقاراً من قاصر بغير اتباع الطرق المقررة لا يمكنه أن يتمسك بعقد البيع تمسكه بالسبب الصحيح فى سبيل التملك بالتقادم الخمسى : استئناف ٢٠ مارس سنة ٩٠٦ م ر ١ ، ٨ ص ٥٧ عدد ٢٩ ، ج ٢١ ص ٢٥٧ ، مرجع ٢ ص ٣٨٢ ن ١٣٧٧ — ح ٢٢ ص ٨٣ . — مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٥ - د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٤٠٦

(٦) Confirmation

الحالة الثانية يجوز للواهب المدعى عليه أن يدفع دعوى الواهب بالدفع الخاص بالبطلان المطلق [١] وذلك لان الدفوع لا تسقط مهما طال الاجل عليها. انما الذى يسقط هو الدعاوى، وهذا أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة فى أن الدعاوى مؤقتة والدفوع دائمة [٢]. هذا فيما يتعلق بالبطلان المطلق

٢. — وأما البطلان النسبي فهو عقد صحيح فى ذاته من الوجهة القانونية ولكن شابته شائبة تقبل التصحيح والزوال. وعلى ذلك يعتبر هذا العقد سبباً صحيحاً يصلح للتملك بالتقادم الخمسى العقارى. فالعقد الصادر من مفقود الاهلية يعتبر عقداً موجوداً من الوجهة القانونيـة ولا يعتبر معدوماً انما يعتبر معرضاً للبطلان. فاذا باع مفقود الاهلية عقاراً غير مملوك له جاز للمشترى تملكه بالتقادم الخمسى العقارى قبل المالك الحقيقى، لان الحق فى طلب البطلان بسبب فقد الاهلية لم يكن مقرراً للمالك الحقيقى، انما هو مقرر لمفقود الاهلية وهو البائع [٣]

وما القول بشأن عقد البيع، أو بعبارة عامة، عقد نقل الحقوق العينية العقارية فيما اذا لم يكن مسجلا طبقاً للمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ ؟ فهل يعتبر ضمن العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً ؟ عرفنا الآن البطلان وهو نقص فى اجراءات يحتمها القانون. انما الذى نقوله هنا ان هذا النقص اما أن يكون متعلقاً برسمية العقد كعقد الهبة والرهن الرسمى، واما أن يكون متعلقاً بأى شرط آخر اشترطه القانون لصحة العقد بحيث لا يعتبر العقد عقداً ناقلا للملكية الا بدونه مثل العقد الناقل للحقوق العينية المنوه عنه بالمادة الاولى من قانون سنة ٩٢٣. وعلى ذلك يعتبر العقد الناقل للحقوق العينية عقداً باطلا من حيث نقل الملكية اذا لم يحصل تسجيله. وبطلانه هذا بطلان

(١) الالتزامات ص ٢٤١ — ٢٤٢ ن ٢٥٩ — ٢٦١

(٢) الالتزامات ص ٣٧٥ — ٣٧٦ ن ٣٨٣ تحت عنوان « الالتزام الطبيعى والدفع الموضوعى الدائم »

(٣) كابتان ص ٩٠٦، مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٣ : دى هلس ج ٣ ص ٣٥٢ ن ١٢٠

مطلق غير قابل للتصحيح وليس بطلاناً نسبياً قابلا للتصحيح . وذلك لان المادة الاولى من هذا القانون قررت بأنه « يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين» واذا كانت الملكية لا تنتقل عند عدم التسجيل ، ويصبح عقد البيع عقداً عادياً لم يخرج عن كونه مقرراً لالتزام شخصى بذمة البائع ، فلا يمكن حينئذ اعتبار هذا العقد الباطل بطلاناً مطلقاً بالنسبة لنقل الملكية بل معدوم الاثر بالنسبة لها، لا يمكن اعتباره بمثابة سبب صحيح موصل للتملك بالتقادم الخمسى العقارى . لان السبب الصحيح هو العقد الناقل للملكية فى أصله ولكن شابته شائبة رجعت الى حسن نية المشترى . وعقد البيع غير المسجل لا يعتبر ناقلا للملكية فى أصله ثم شابته شائبة عدم التسجيل ، لان هذا العقد غير المسجل ، عقد شخصى بسيط مقرر لالتزام شخصى ولا شأن له بالحقوق العينية بل هو أجنبى عنها بالمرة لا ينقلها ولا يمسها ولا يمهد لنقلها بأى عامل آخر خلاف التسجيل . هذا وفوق ذلك فان حسن النية باعتباره شرطاً للتقادم الخمسى العقارى هو اعتقاد المشترى أو المكتسب للحقوق العينية العقارية بوجه عام فى أن المملك له مالك . فأين هذا من جهل المشترى بأصول القانون وقيوده ؟ ان الجهل بالقانون ، أى الجهل بقيوده وما اشترطه لصحة العقود صحة مطلقة ، وعدم العناية بما قرره القانون شرطاً لازماً لنقل الملكية ، وبدونه لا تنتقل الملكية ، هذا الجهل بالقانون وأحكامه لا يمكن اعتباره من قبيل حسن النيــة . لان الجهل بالقانون اهمال وعدم عنـاية من جانب الفرد . وما كان الاهمال أو عدم العناية أو بعبارة عامة الخطأ أو الغلط [1] وعلى الاخص الخطأ الجسيم وهو الجهل بأحكام القانون ، مما يلحق بحسن النية [2] لان

---

(١) Faute

(٢) ولذا لا يعتبر العقد الصادر من القاصر دون مراعاة القيد القانونى الخاص بأخذ مصادقة المجلس الحسبي، عقداً باطلا . ولا يمكن الاستناد اليه ليكون سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسى: مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٧ — استئناف ٢٠ يناير سنة ٩٠٣ م ر ١ ، ٤ ص ١٧١

القانون لا يحمى من يجهل أوامره ونواهيه . ولانه من المفروض على الفرد أن لا يجهل القانون ، والمفروض فيه بل الواجب عليه أن يعرف القانون (المادة ٢ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية)

وعلى ذلك لا نرى أن العقد الناقل لحق عينى وغير المسجل عقد باطل بطلانا نسبياً ، بل هو باطل بطلانا مطلقاً ، ويعتبر بالنسبة لنقل الحق العينى كأنه غير موجود بالمرة وكأنه أجنبي عنه . انما يستحيل العقد فى هذه الحالة الى مجرد التزام شخصى . أو بعبارة أخرى يعتبر هذا العقد فى الاصل ملزما لالتزامات شخصية ولا يعتبر ناقلا للحق العينى الا اذا تسجل

معاصرة حسن النية للسبب الصحيح والتسجيل : يجب أن يكون حسن النية والسبب الصحيح متعاصرين مع بعضهما البعض ، بأن يكون حسن النية قد وجد فى آن واحد مع السبب الصحيح . وعلى ذلك اذا وجد حسن النيـة (أى اعتقاد المشترى بتملك البائع للعقار) مع وجود العقد ولم يتسجل هذا العقد الا بعد مدة فلا يجوز أن تحتسب مدة التقادم الا من وقت تسجيل العقد . أى أنه ليس للتسجيل هنـا أثر رجعى . وليس فى ذلك تناقض ما بشأن ما سنقرره من الاثر الرجعى للتسجيل . ذلك لان التقـادم الخمسى يستدعى حتما وجود سبب صحيح معاصر لحسن النية . ولا يمكن أن يعتبر العقد سبباً صحيحاً الا اذا كان مسجلا . ولا شأن هنا لنظرية الاثر الرجعى للتسجيل مادام أن القانون هو الذى قال هنـا بعدم الاثر الرجعى وقد اشترط معاصرة السبب الصحيح لحسن النية مع وضع اليد

وما القول فيما اذا اشترى المشترى بحسن نية بعقـد ، ثم عند ما هم بتسجيل عقده علم وقتئذ بعدم تملك البائع له للعقار ، فهل يتملك بالتقـادم الخمسى من

عدد ٧٤ ، ح ١٨ ص ٢٤١ ، مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٥ — ومرسى المزاد الذى يحصل على جهة الادارة عقب اجراءات نزع الملـكية ان جاءت مخالفـة للقوانين والاوامر لا يعتبر سبباً صحيحاً لتمليكها العين بوضع اليد خمس سنوات : زقازيق حكم استئنافى ١٤ فبراير سنة ٩٠٦ ح ٢٢ ص ١٦٩ مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٨٣

وقت التسجيل باعتبار أنه كان حسن النية وقت التعاقد وقبل التسجيل ، أم لا بد من التقادم الطويل ؟ ان قلنا بضرورة معاصرة السبب الصحيح لحسن النية لترتب على ذلك عدم جواز التقادم الخمسى لان المشترى كان سيئ النية وقت تسجيل العقد ، ذلك الذى قلنا عنه بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسى الا من وقت تسجيله . وهذا فى نظرنا هو الرأى الصحيح . لانه كان يجب على المشترى أن يسارع الى تسجيل عقده وهو حسن النية ، اذ لا تأثير على سوء النية فيما بعد التسجيل ، لان العبرة بحسن النية وقت تسجيل العقد . اذ لا يجوز له أن يستفيد من اهماله فى تسجيل العقد وهو حسن النية . وذلك يرجع الى أن التقادم الخمسى نظام استثنائى قرره القانون بشروط خاصة لمن يملك بحسن نية من غير المالك الحقيقى

٤٠٠ — ٢) فى العقد التخمينى (1) : يراد بالعقد الظنى أو التخمينى العقد الذى لا أثر له الا فى خيال واضع اليد . مثلا أوصى موص بعقار للموصى اليه . وقبل وفاة الموصى أوصى بذلك العقار الى موصى اليه آخر بعد ان الغى الوصية الاولى . ووضع الموصى اليه الاول يده على العقار دون أن يعلم بالغاء الوصية الاولى . أو أعطى شخص توكيلا لآخر بمشترى عقار ولم يشتر هذا الآخر العقار ولكنه أفهم موكله بتمام الشراء ووضع الموكل على ذلك يده على العقار وهو يعتقد حصول الشراء له . فهل يجوز فى هذه الاحوال تملك العقار بالتقادم الخمسى ؟ أو بعبارة أخرى هل يعتبر العقد التخمينى هذا سببا صحيحاً أم لا يعتبر كذلك ؟ لا يمكن اعتبار مثل هذا العقد التخمينى سببا صحيحا . وهكذا قضى الرومان بعد تردد على ما يظهر . أما الحجة القاطعة فى الوقت الحاضر على عدم اعتبار العقد التخمينى سببا صحيحا فهو ان شروط التملك بالتقادم الخمسى العقارى اثنان . سبب صحيح وحسن نية . فاذا قيل بأنه يكفى فى التقادم الخمسى الاعتقاد على غير صحة بوجود سبب صحيح لترتب على ذلك أنه يكفى فى هذا التقادم شرط واحد دون شرطين

(١) Titre putatif وكلمة putatif مشتقة من كلمة putare بمعنى ظن

وهو شرط حسن النية ، ويترتب عليه أيضا ان السبب الصحيح يعتبر ركنا من أركان حسن النية ، لا ركنا مستقلا بذاته . وقد رأينا القضاء الفرنسي يرى ضرورة الاخذ بحسن النية والسبب الصحيح باعتبارهما ركنين اثنين لا ركناً واحداً للتملك بالتقادم الخمسي . أي انه يرى ضرورة التمييز بين ركن حسن النية وركن السبب الصحيح . وفوق ذلك فان المادة ٢٢٦٧ فرنسي وهي التي قررت بأن العقد الباطل شكلا لا يصح سببا للتقادم الخمسي العقاري لم تستثن حالة ما اذا كان واضع اليد يجهل العيب الشكلي الذي عاب العقد . واذا كان الجهل بالعيب الشكلي لا يفلت من مؤاخذة القانون ، أي لا يعتبر القانون هذا العقد بمثابة سبب صحيح فيما اذا جهل واضع اليد ما شاب العقد ، فمن باب أولى ما اذا كان صاحب الشأن يجهل وجود العقد بالمرة[1] . هذا ولا بد من ملاحظة ان العقد التخميني لا يمكن تسجيله . وعلى ذلك فهو غير ناقل للملكية طبقاً لقانون التسجيل الجديد ، أي باطل شكلا . ولهذا السبب ايضا لا يعتبر سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسي

§ ٢ — في حسن النية

٤٠١ — يراد بحسن النية الاعتقاد بوجود الحق لدى من يصدر منه عقد التمليك[2] وعلى ذلك يعتبر واضع اليد حسن النية اذا ظن ان عقد التمليك الموجود تحت يده يملكه حقيقة ملكية العقار ، أو ملكية الحقوق العينية التي يرمي الى تملكها . ويعتبر حسن النية مفروضاً وجوده[3] أخذاً بالقواعد العامة . وعلى من يدعي سوء النية اثبات ما يدعيه[4]

ومتى يعتبر حسن النية موجوداً ؟ تقول في ذلك المادة ٢٢٦٩ مدني فرنسي بأنه « يكفي في حسن النية أن يكون موجوداً وقت نقل الملكية والحقوق العينية » وحكمها عام . وعلى ذلك لا عبرة بما اذا علم واضع اليد بعد انعقاد العقد بالعيب الذي شاب العقد . وهكذا قرر الرومان أيضاً . أما القانون الفرنسي القديم

(١) كابتان ص ٩٠٧
(٢) د ، ٩٨ ، ١ ، ٣٠٨ — س ، ٩١٠ ، ١ ، ١٧٣
(٣) Se présume
(٤) د ، ٩٠٦ ، ١ ، ٣٥١ — س ، ٩١٠ ، ١ ، ١٧٢

فانه لما كان متأثراً بالقوانين الدينية [١] فانه قرر عكس هذه القاعدة . أما القاعدة الحاضرة فانها أخذت عمــا قرره الرومان فى هذا الشأن . وذلك يرجع كله الى ان واضع اليد لما وضع يده على العــقار بمقتضى عقد التمليك كان يعتقد اعتقاداً بأنه المملك له مالك لما يملك . ولا يمكن فى هذه الحالة مؤاخذة واضع اليد بأى نوع من المؤاخذة ما دام انه حسن النية وقت انعقاد العــقد ، حتى ولو علم بعد ذلك بوجود عيب يشوب العقد أثناء استمراره فى وضع يده على العقار

ز — فى الحقوق العينية

التى تقبل التملك بالتقادم الخمسى العقارى

٤٠٢ — نصت المادة الفرنسية ٢٢٦٥ على العقار ونصت المــادة ٧٦/١٠٢ مدنى على الملكية والحقوق العينية . ولمــا كان التقادم الخمسى العقارى قد تقرر من طريق الاستثناء لحماية ذوى السبب الصحيح وحسن النية وجب على ذلك أن يراعى فى مجال التطبيق عدم التوسع فيما نص عليه . وقد رتب القضاء الفرنسى على « كلمة عقار » الواردة بالمادة ٢٢٦٥ الفرنسية انه لايجوز التملك بالتقادم الخمسى العقارى سوى العقار الواحد أو عقارات مفرزة معينة . وعلى ذلك لايجوز التملك بالتقادم الخمسى العقارى لمجموعة أموال [٢] بهــا جملة عقارات كالتركة [٣] حتى ولو كانت كلها عقارات [٤] ولذا تساءل بعض الشارحين فيما اذا كانت المادة الفرنسية المذكورة تتعلق فقط بالدفع الذى يدفع به دعوى تثبيت الملكية المرفوعة من المالك الحقيقى بعــد تمام المدة ، وانهــا لا تشير الى الدفع الذى يدفع به دعوى الميراث [٥] المرفوعة من الوارث [٦]

ولمــا كان القانون الفرنسى كما رأينــا لم يذكر الا العقار ولم يذكر الحقوق العينية كما ذكرها القانون المصرى الذى جاء أوسع منه نطاقاً وأعم تطبيقا ، أخذ الشارحون الفرنسيون والقضاء الفرنسى يقررون على ضوء المبادىء العامة جواز

---

(١) Droit canonique (٢) Masse des biens (٣) Succession

(٤) د ، ٩٦ ، ٢ ، ٣٠٨ (٥) Pétition d'hérédité (٦) كابتان ص ٩٠٨

تملك الحقوق العينيـة العقارية بالتقادم الخمسى العقارى . فقالوا يجوز تملك حق الانتفاع بمضى المدة القصيرة . وكذلك أيضا حقوق الارتفاق اذا كانت جامعة لشرائطها القانونية الخاصـة من حيث الظهور وعدم التقطع . ولما كان القانون الفرنسى لم ينص بالمادة ٢٢٦٥ على الحقوق العينية العقارية كما نص القانون المصرى بالمادة ١٠٢/٧٦ مدنى فقـد ترتب على ذلك حكم فيما يتعلق بحقوق الارتفاق مخالفا لما قررناه هنا وما استندنا اليه بالرجوع لمادتنا المصرية ٧٦ المذكورة. ذلك لان المادة الفرنسية ٦٩٠ قررت بأن حقوق الارتفاق الظاهرة والمستمرة يجوز أن يحصل تملكها بمضى المدة الطويلة . ولم يرد بالقانون الفرنسى نص آخر يفيد جواز تملك حقوق الارتفاق بالتقادم القصير . ولذا أصر القضاء الفرنسى على عدم جواز تملك حقوق الارتفاق بالمدة القصيرة . وحجته فى أن المادة ٦٩٠ خاصة بالتملك بمضى المدة الطويلة ، والطويلة فقط . وأن المادة ٢٢٦٥ انما نصت على تملك العقار فقط ولم تنص على الحقوق العينيـة . وأن فى تملك حقوق الارتفاق بالمدة القصيرة خطراً على العقارات المرتفق بها ، لما يغلب فيها من الخفاء وعدم الظهور ظهوراً يلفت الانظار. بخلاف حق الانتفاع فان القضاء الفرنسى قد أجاز التملك فيه بالتقادم القصير ، لان الاعمال التى يقوم بها المنتفع أعمال من الظهور التام بحيث لا يمكن معه القول بأن مالك العقار محل الانتفاع يجهل أو ربما يجهل ما يحصل له[1]

ولا شأن لنا بهـذا الخلاف القائم بفرنسا بشأن الحقوق العينية والتمييز فى الحكم بين حق الانتفاع وحق الارتفاق ، ما دام أن القانون المصرى نص بعبارة صريحة على جواز تملك الحقوق العينية بوجه عام بالتقادم الخمسى العقارى[2]

---

(١) كابتان ص ٩٠٩ ، س ، ٩٢ ، ١ ، ٦٥ ومقال Chavegrin — د ، ٧٦ ، ١ ، ٤٢٣ ، س ، ٧٦ ، ١ ، ١٠٣ (٢) وعلى ذلك نلفت نظر الباحثين فى الموسوعات الفرنسية الى مراعاة هذه الفروق فى النصوص القانونية حتى لا يجعلوا أحكام القضاء الفرنسى قياسا يحتذون به فى تقرير الأحكام القانونية بمصر . اذ لكل من مصر وفرنسا تشريع خاص فى هـذا الشأن كما رأينا

ح — الضم فى التقادم الخمسى العقارى

٤٠٣ — اذا احتاج واضع اليد فى التقادم الخمسى الى احتساب مدة مملكه اضطر حينئذ الى الاخذ بنظرية الضم الذى سبق لنا أن قررناها بشأن التقادم الطويل . ولكن يحصل أن لا يكون العقدان ، عقد التمليك بيد المشترى الحاضر وعقد التمليك بيد البائع له ، بحالة واحدة من حيث الصحة والبطلان . اذ يجوز أن يكون الاول حسن النية بينما يكون الثانى سيئ النية . فاذا وقع ذلك فعلى أى قاعدة يحصل الضم ؟

اذا رجعنا الى المادة ٧٧ /١٠٣ مدنى و ٢٢٣٥ فرنسى رأينا أن القانون يقرر بعبارات عامة جواز ضم مدة المملك الى مدة المملك اليه ، سواء كان هذا الاخير خلفاً عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشترى . على أنه مع القول بصحة هذه القاعدة العامة فانه لا بد من التمييز بين حالات مختلفة لا بد فيها من تقرير قواعد هامة لها قال ببعضها الرومان . ومما يؤيد ضرورة القول بهذه القواعد العامة وضرورة التمييز بين الحالات المختلفة ان المادة ٧٩ /١٠٦ مدنى و ٢٢٣٧ فرنسى الخاصة بعدم جواز تملك ورثة أصحاب الحيازة العرضية ، والمادة ٢٢٢٩ فرنسى الخاصة بصحة تملك المشترين من الحائزين العرضيين ، فيما اذا تملكوا بسبب صحيح وحسن نية ، هذه المواد تفرق بين حالتين : الحالة الاولى عدم جواز تملك الخلف العام فيما اذا كان المملك له حائزاً عرضياً . والحالة الثانية تملك الخلف الخاص أى المشترى اذا اشترى من الحائز العرضى

أما هذه القواعد فهى ما يأتى :

١ . — اذا كان واضع اليد الحاضر هو الوارث ، أو بعبارة أخرى ، هو الخلف العام لواضع اليد السابق ، وكان من المترتب على ذلك حتما أن يده على العقار لم تخرج عن كونها استمراراً ليد مملكه السابق ، وجب حينئذ البحث عن حقيقة وضع اليد ، صحة وبطلاناً ، فى العقد الذى تملك به واضع اليد السابق ، فيما اذا

كان هذا الاخير حسن النيــة أو سيء النية . ويترتب على ذلك أن مدة وضع يد الخلف العام لا تكون ضرورية للضم الا اذا كان واضع اليد السابق فى حاجة الى تكلة مدته[١] . أو بعبارة أخرى إذا كان المورث حسن النيــة جاز الضم . واذا كان سيء النية فلا يجوز الضم : أى ضم أو عدم ضم المدة بعد الوفاة مع المدة السابقة عليها، وذلك بصرف النظر عن حسن أو سوء نية الوارث[٢]

مثال ذلك : اذا وضع شخص يده على عقار بسوء نية ومات بعد مضى بضعة سنين على يده . وجاء الوارث ووضع يده بحسن نية . فهل يلزمه خمس سنوات ، أو ١٥ ســنة ؟ يلزمه ١٥ سنة . الا انه فى هذه الحالة يجوز له أن يضم الى مدته مدة مورثه . على أنه يمكن القول هنــا بأنه ما دام الارث لا يعتــبر عقداً ناقلا للملكية ، أى ليس مقرراً للحق ومظهراً له ، بل هو منشئ له ومثبت له ، فلا بد حينئذ للوارث هذا من مدة ١٥ سنة ، باعتبار أن التملك بالارث لا يعتبر سبباً صحيحاً موصلا للتملك بالتقادم الخمسى العقارى

وعلى العكس من ذلك اذا وضع شخص يده على عقار بسبب صحيح وحسن نية ثم مات بعد بضعة سنين من وضع يده . فى هذه الحالة يجوز للوارث حتى ولو كان سيئ النية أن يضم الى مدة وضع يده مدة مورثه . ويمكن القول هنا أيضاً بأنه يجب الرجوع فى معرفة لون[٣] وضع اليد الى الوقت الاصلى[٤] أى الى الوقت الذى تملك فيه المورث

٢ . — وعلى العكس مما تقدم اذا كان واضع اليــد الحاضر خلفاً خاصاً أى مشترياً مثلا وجب البحث عن شروط التقادم الخمسى فى عقد تمليك المشــترى . وعلى ذلك لا يجوز له التملك بالتقادم الخمسى الا اذا كان هو حسن النيــة وكان لديه سبب صحيح . وليس له الالتجاء الى الضم فى هذه الحالة اذا كان المملك له سيئ النية . أما اذا كان حسن النية فله الضم

(١) كابتان ص ٩١٠ (٢) دى هاس ج ٣ ص ٣٤٩ ن ١١١ (٣) Coloration
(٤) Moment initial

فاذا باع واضع اليد على العقار الى مشتر، وكانت يدهما على العقار ذات لون واحد فمن اللازم الضم هنا سواء كان وضع اليد خاصاً بمدة ١٥ سنة أو خاصاً بمدة خمس سنوات ، على حسب الاحوال . بمعنى انه اذا كان المملك سيئ النية والمشترى كذلك لزم هذا الاخير ١٥ سنة وجاز الضم . واذا كان المملك حسن النية وكان المشترى كذلك أيضاً اكتفى هذا الاخير بمدة خمس سنوات وجاز له الضم أيضاً .

أما اذا كان المملك حسن النية وكان المشترى سيئ النية فلا يملك هذا الاخير الا بمضى مدة ١٥ سنة . انما يجوز له أن يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد المملك له . وذلك لأنه لا يلاحظ فى الضم هنا ضم اليد الى اليد ، انما ضم الزمن الى الزمن فقط [1] ، أخذاً بالقاعدة الرومانية القائلة بضم الزمن الى الزمن [2] .

وعلى العكس من ذلك اذا كان البائع سيئ النية ، وكان المشترى حسن النية جاز للمشترى التملك بالتقادم الخمسى [3] . ولكن لا يجوز له فى هذه الحالة أن يضم الى مدته مدة تملك البائع له . وهنا تتجلى الفائدة التى تظهر لمن كان مشترياً بسبب صحيح وحسن نية ، فى أنه لا يتمسك بهذين الشرطين وبالمادة ٧٦ للتملك بالتقادم الخمسى ، بل يتمسك على العكس بالتقادم الطويل . وذلك لانه فى حالة ما اذا لم يبق على تملك المملك له سيئ النية بالتقادم الطويل الا مدة وجيزة ، فانه من مصلحته أن يضم مدة وضع يده الوجيزة الى مدة وضع يد المملك له ، فيصبح مالكا نهائيا دون ان يحتاج الى مدة خمس سنوات جديدة من تاريخ شرائه بسبب صحيح وحسن نية [4] .

---

(١) كابتان ص ٩١١ (٢) Tempora conjunclur (٣) ج ع ٣ ص ٤٠٧ ن ٤٢٦١ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٠ ن ١١٢ (٤) كابتان ص ٩١١ — استئناف ١١ أكتوبر سنة ٩١٤ ش ٢ ص ٤٣ عدد ٤٧ ، ح ٣٠ ص ٢١ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٥ . استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢٧٣ عدد ٢٩٤ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٦ — مصر كلى أول مايو سنة ٩١٠ ح ٢٦ ص ١٠ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٤ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٠ ن ١١٣ و ١١٥

٣ — في تملك المنقول

١ — في قاعدة

الحيازة سند الملكية في المنقول

٤٠٤ — رأينا فيما مر بيانه أن من شأن وضع اليد أن يجعل واضع اليد فى مركز المدعى عليه فى دعوى النزاع فى الملكية . وفى هذه الحالة لا يلزم بأن يدلى بأى دليل اثبات ، سواء كان حسن النية أو سيئ النية فيها ، لان حسن النية مفترض دائما أبداً . وأما خصمه وهو مدعى الملكية فما عليه الا أن يقيم الدليل على ملكيته للحق المتنازع من أجله . هذا ولقد سبق أن رأينا أيضاً أنه من المفروض فى واضع اليد أنه يملك له خاصة باعتباره هو المالك الا اذا قام الدليل من طرف آخر بأن اليد هذه يد عارضة أى أن واضع اليد يملك لغيره لا لنفسه

هذه القاعدة فى موقف واضع اليد موقفاً سلبياً صحيحة فيما اذا كان الشيء محل النزاع عقاراً أو منقولا

ولكن ينتج عن وضع اليد فى حالة المنقول أثر قانونى آخر هام . ذلك لانه لما كان واضع اليد يعتبر بصفة عامة أنه حسن النية لافتراض حسن النية فيه دائماً وأبداً حتى يقوم الدليل العكسى ، فلا يصح فى الاصل رفع دعوى تثبت ملكية المنقول عليه . أى أنه لا يجوز نزع المنقول من يد واضع اليد عليه حتى ولو كان المدعى هو المالك الحقيقى للمنقول . ذلك لان وضع اليد وحده كاف لنقل الملكية اذ يعتبر بمثابة سند صحيح صادر من المالك السابق

هذا هو حكم وضع اليد على المنقول . وهو حكم كما نرى ذو أثر هام فى المعاملات وهو ما تقول به المواد ٤٦/٦٨ و ٦٠٧/٧٣٣ مدنى و ٦٠٨/٧٣٤ مدنى والمادة ٢٢٧٩ فرنسى

ب — في شروط قاعدة

« الحيازة سند الملكية في المنقول »

٤٠٥ — الشروط اللازمة لصحة قاعدة « الحيازة سند الملكيـة في المنقول » [1] مستفادة من المواد ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/٧٣٤ مدني و ٨٦/١١٥و٨٧/١١٦ مدني و٤٦/٦٨ مدني و ٢٢٧٩ و٢٢٨٠ فرنسي . وقالت المادة ٦٠٧ ما يأتي . « وتثبت الملكية في المنقولات في حق كل انسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح [2] مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته [3] » وقالت المادة ٦٠٨ ما يأتي . « مجرد وضع اليـد على المنقولات يستفاد منـه [4] وجود السبب [5] الصحيح وحسن الاعتقاد الا اذا ثبت ما يخالف ذلك [6] . هذا مع مراعاة ماتقدم في حالتي السرقة [7] والضياع [8] » وقررت المادة ٤٦/٦٨ مدني : « ومع ذلك تنتقل ملكية الاموال المنقولة (عبارة « ومع ذلك » استدراك للمادة ٤٥/٦٧ مدني التي قررت صحة نقـل الملكية في العقـارات والمنقولات بمجرد حصول التعاقد) باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سلمها . انما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة » . وقررت المادة الفرنسية ٢٢٧٩ الشهيرة بفقرتها الأولى : « الحيازة سند الملكية في المنقولات » ويستفاد من هذه المواد جميعها أن الشروط المطلوبة لصحة القاعدة المتقدمة ما يأتي

١ — حسن نية واضع اليد على المنقول . وهذا الشرط صرحت به المادة ٦٠٧ وهو قولها « مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » ولم يرد هذا الشرط بالمادة الفرنسية الشهيرة ٢٢٧٩ ولكن الآراء متفقة على الاخذ به . اذ يستفاد ذلك

---

(١) En fait de meubles possession vaut titre (٢) Avec titre
(٣) Possession de bonne foi (٤) Fait présumer (٥) Le titre
(٦) Sauf preuve contraire (٧) Vol (٨) Perte

من المادة ١١٤١ مدنى فرنسى التى قالت بأنه اذا بيع منقول مرتين الى شخصين فضـل من أصبح واضع اليد ولو كان عقده متأخراً عن عقد الآخر على شرط أن يكون حسن النية (وهذه المادة لا شبيه لها بالقانون المصرى فى المكان الذى وضعت به . ولكن المادة ٦٠٧ مدنى مصرى أغنت عنها)

وحسن النية ينصرف الى ان واضع اليد يعتقد ان مملكه مالك ، حتى ولوكان العقد المملك لهذا الاخير عقداً مشوباً بعيب من العيوب المفسدة ، على شرط ان لا يعلم واضع اليد بما شاب العقد[1] أما اذا كان يعلم بالسبب فليس له الاستعانة بالقاعدة المعروفة [2]

والعبرة بحسن النية بوقت التعاقد لا بوقت وضع اليد . ولا بعد وضع اليد . فاذا علم المشترى مثلا بما شاب العقد المملك للبائع ، عند وضع يده على المنقول أو بعد وضع يده عليه بزمن ، فانه يجوز له مع ذلك التمسك بالقاعدة [3]

٤٠٦ — ٢ . — **أن يكون هناك سبب صحيح** : وهـذا الشرط قالت به المادة ٦٠٧ المتقدمة . ولقد سبق ان رأينا المعنى المقصود من السبب الصحيح[4] وعلى ذلك اذا توافر هذان الشرطان ، السبب الصحيح وحسن النية ، أصبح واضع اليد مالكا للمنقول . وكأن هذه المادة تشعر وحدها فى أن واضع اليد ملزم لاول وهلة وفى كل حالة نوزع فيهـا بشأن المنقول الموجود تحت يده أن يقيم الدليل على توافر هذين الشرطين لديه حتى ولوكان مدعى عليه فى دعوى تثبيت ملكية المنقول . ولكن لايملك الاخذ بظاهر المادة لانه مخالف للقاعدة العامة التى قررناها وهى ان واضع اليد لايلزم باثبات شىء ما ، وأن موقفه أمام مدعى الملكية موقف سلبى . وفوق ذلك فان الشارع عقب هذه المـادة بالمادة اللاحقة بها وهى المـادة

---

(١) د ، ٨٧ ، ١ . ٢٥ (٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٠٦ ن ٥٤

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٠٧ ن ٥٦ (٤) ولا يراد بالسبب مجرد الكتابة instrumentum بل يراد به العملية القانونيـة acte juridique التى ترتب عليها وضع اليد، أى بيع وهبة وبدل وغير ذلك : دى هلس ج ٣ ص ٢٠٦ ن ٥١

٦٠٨ اذ قرر بأن مجرد وضع اليد يستفاد منه حتما توافر الشرطين . أى ان واضع اليـد يعتبر ذا سند صحيح وذا حسن نية ولا يلزم باثباتهما بل مجرد وضع اليد يؤيده فيهما ، الا اذا قام الدليل العكسى من قبل مدعى ملكية المنقول على انتفاء الشرطين فيلزم واضع اليد فى هذه الحالة بنفى ما أثبته المدعى ، أى يلزم باثبات صحة يده بالسند والنية ، لان الملكية التى كانت مقررة له انما تقررت من طريق الظن والتخمين أى من طريق الافتراض والقرينة ، حتى لا يرهق الناس فى البحث عن أدلة الملكية فى المنقول ، اذ الانتقال فيها من يد الى يد أسهل بكثير من انتقال الملكية فى غيرها

٣ . — أن يكون المنقول قد خرج من يد صاحبـه الاصلى بمحض ارادته لا كرهاً عنه . بمعنى انه لا تقبل دعوى تثبيت الملكية من المالك الاصلى الا اذا خرج المنقول من يده بغـير السرقة والضياع المشار اليهما بالمـادة ٦٠٨ والمـادة ٤٦/٦٨ مدنى والمقررتين بالمادة ٨٦/١١٥ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى بالفقرة الثانية. اذ قررت المادة ٨٦ ما يأتى : « يسقط حق الملك [1] فى الشىء المسروق والضائع بمضى ثلاث سنين» وتزيد على ذلك المادة ٢٢٧٩ الفرنسية الفقرة الثانية والأخيرة « .... وتبتدئ مدة التقادم من وقت الضـياع والسرقة . وترفع دعوى الملكية على من وجد المنقول تحت يده . ولهذا الاخير حق الرجوع على من أخذه منه». ويستفاد من هذه النصوص كما قلنا بأن قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول» انما تصح ضد من خرج المنقول من يده بارادته وبغير السرقة والضياع ، أى يكون المالك للمنقول قد تركه وأهمل شأنه ، وهذا نادر الوقوع ، أو يكون قد سلمه لامين أو وكيل أو مستأجر ، أى وضع ثقته فيمن لا يستحقها ، وهو كثير الوقوع فخانه من ائتمنه وأنكر عليه الحق

وهنالك ملاحظتان هامتان لاجل الالمام بهذا الاستثناء الخاص بالسرقة والضياع

---

(١) La prescription

اولا : ان المادة ٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فقرة ٢ فرنسى لاتشير الى علاقة المالك الحقيقى بالسارق أو بالشخص الذى وجد الشىء الضائع[١] وما كانت حاجة تدعو الى الاشارة الى السارق أو من وجد الشىء الضائع ، لان كلا منهما لا يعتبر واضع يد بحسن نية . وعلى ذلك تصح دعوى تثبيت ملكية المنقول ضدهما طالما أنهما لم يتملكا المنقول بالتقادم الطويل أى مدة ١٥ سنة . وما قررته المادة ٦٠٨ المذكورة انما هو خاص بعلاقة مالك المنقول ، فى حالتى السرقة والضياع ، بالغير[٢] أى الشخص الذى وصل المنقول الى يده من طريق السارق أو من طريق من وجد الشىء الضائع . وعلى ذلك تصح على هذا الغير دعوى تثبيت الملكية من قبل المالك الحقيقى ؛ انما لا تصح الا فى ظرف مدة ثلاث سنوات فى حالتى السرقة والضياع

٤٠٧ — ثانياً . يجب أن يكون هذا الغير وهو الحائز للمنقول حسن النية . فاذا حاز الشىء بسوء نية أى وهو يعلم بأنه مسروق أوضائع صحت ضده دعوى تثبيت الملكية وظل الجواز برفع الدعوى قائماً حتى يتملك المنقول بالمدة الطويلة أى بمدة ١٥ سنة . وهذه القاعدة الاخيرة مستفادة من الفقرة الأخيرة للمادة ٢٢٧٩ فرنسى حيث قالت « . . . ولهذا الاخير (أى الحائز للمنقول) حق الرجوع على من أخذه منه » وذلك لان الغير لا يملك حق الرجوع على من سلمه المنقول المسروق أو الضائع الا اذا كان هذا الغير حسن النية ولم يكن شريكا للسارق أولمن وجد الشىء الضائع. وذلك هو المستفاد من المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى حيث قررت « بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطل . انما يصح اذا أجازه المالك الحقيقى » ومن المادة ٢٦٥/٣٣٤ مدنى اذ قالت بأنه « اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع جاز للمشترى أن يطلب تضمينات[٣] اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع »[٤]. ويقابل هاتين المادتين المصريتين المادة ١٥٩٩ فرنسى وهى التى رجع اليها الشارحون الفرنسيون

(١) Inventeur (٢) Tiers (٣) Indemnité (٤) De bonne foi

فى تقرير القاعدة التى قلنا بها الآن فى أن لا محل لرجوع المشترى على البائع بتعويضات أى بتضمينات الا فى حالة ما اذا كان المشترى حسن النية أى يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع [1]

ج — فى اسباب قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

وفى نتائج هذه القاعدة

٤٠٨ — ان قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » قاعدة تخالف ما تقرر بشأن الملكية فى العقارات . وهى تخالف ايضاً القاعدة رومانية الاصل المشهورة القائلة بأنه لا يجوز للانسان أن يملك غيره اكثر مما يملك هو . لان حائز المنقول يصبح بفضل قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » مالكا للمنقول الذى اشتراه من غير المالك . وربما كان هذا الاخير مجرد أمين للشىء أو مستأجر أو دائن مرتهن . ويصبح المشترى أيضاً مالكا للمنقول أخذاً بالقاعدة المتقدمة حتى ولو فسخ عقد التمليك الموجود تحت يد البائع بسبب تحقق الشرط الفاسخ الذى كان معلقاً عليه عقده هو أى عقد التمليك الموجود تحت يد البائع . وهذا أيضاً على خلاف القاعدة رومانية الاصل القائلة بأن الغاء الاصل يتبعه الغاء ما تفرع عنه . واذا كانت قاعدة « حيازة المنقول سند لتمليكه » هى على ما نرى مخالفة للاصول الاساسية للقانون فلماذا تقررت حينئذ وما هو السبب فى تقريرها على مافيها من التناقض البين مع المبادىء القانونية ؟ السبب فى تقريرها الاخذ بمراعاة الضرورات العملية والاقتصادية الدقيقة لسهولة تداول المنقولات فى أيدى المتعاملين ، حيث لم تجر العادة والعرف على تحرير سند كتابى عند نقل ملكية المنقول من يد الى يد . واذا كانت العادة هى هكذا فكيف يمكن الزام المشترى على تقديم سند يفيد تملكه للمنقول . واذا كان نقل المنقول من يد الى يد لا يستدعى حتما تحرير سند فيما يتعلق بتداول المعادن النفيسة المتداولة فى الايدى والمعاملات

(١) كابتان ص ٩١٣

كالعملة والنقود ، فان الاستحالة واحدة أيضاً فى بقية الاشياء المنقولة لكثرة تداولها فى الايدى ولشيوعها فى المعاملات . فهل اذا اشترى الانسان ساعة من ساعاتى أو قطعة قماش من بائع الاقمشة وجب عليه أن يطلب الى البائع اثبات ملكيته لما يبيعه ؟ طبعاً لا يحصل ذلك . والا اذا وجب هذا الطلب والتحقيق واشترى المشترى دون أن يتحقق بالادلة الكتابية من ملكية البائع له ، وأصبح المشترى بعد ذلك معرضاً لدعوى تثبيت الملكية من جانب المالك الحقيقى[1] لزالت الطمأنينة عن المعاملات وارتفعت عن المعاملات التجارية أخص خصائصها وهى السرعة . هذا وفوق ما تقدم فانه اذا تعارضت مصلحة المالك الحقيقى ومصلحة المشترى وجب تفضيل مصلحة هذا الاخير لان القانون يفترض فيه حسن النية أى انه لم يصدر منه ما يؤاخذ عليه . وأما الآخر وهو المالك الحقيقى فانه يؤاخذ باهماله وسوء اختياره لامينه ووكيله . ويقول المثل الالمانى « من أساء وضع ثقته فليبحث عنها حيث وضعها »[2]. وأما اذا خرج المنقول من يد مالكه لسبب خارج عن ارادته كالسرقة والضياع فان القانون يعمل على حمايته ويضحى فى سبيل هذه الحماية الغير أى واضع اليد حسن النية ، اذ يبيح للمالك الحقيقى حق رفع دعوى تثبيت ملكيته للمنقول ضد واضع اليد ، وهو على ما فيه من المضايقة والشدة بالنسبة لواضع اليد ، الا أن القانون خفف من هذه المضايقة أيضاً فى أن ألزم صاحب المنقول رافع الدعوى برد الثمن ودفعه الى واضع اليد ، وذلك فيما اذا كان الغير قد اشترى المنقول من سوق عام أو من تاجر اعتاد بيع نوع هذا المنقول ، أى فى حالات وظروف كانت تدعو المشترى الى الاطمئنان وهو يشترى المنقول (المادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٢٨٠ فرنسى . وسيأتى ذكرها بعد)

---

(١) Verus dominus (٢) كابتان ص ٩١٤

د — فى محل الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

٤٠٩ — ان من شأن التعرف على أسباب تقرير القاعدة السابقة نرى انها لاتتمشى الا على المنقولات المادية [1] لانها هى وحدها التى تصح حيازتها حيازة مادية [2] وهى التى لايصح أيضاً تعطيل التعامل فيها باشتراط الكتابة فى نقل ملكيتها من يد الى يد . ويستفاد ذلك من عبارة وضع اليد العينى [3] الواردة بالمادة ١١٤١ فرنسى باعتبار ان هذه المادة تقرر حكما عاما ، وباعتبار ان وضع ليد العينى هو هو نفس الحيازة المادية

ويترتب على ذلك انه لايصح الاخذبقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » ى الاحوال الآتية :

١ . — حقوق الدائنية [4] (أى الدين من جهة الدائن) أو بعبارة أخرى لمنقولات المعنوية [5] ، وذلك لان حقوق الدائنيـة لاتنتقل فى المعاملات الا ليلا . واذا انتقلت من يد الى يد فيحصل الاسقاط فيها بالكتابة

ولكن هناك حقوق دائنيـة تنتقل من ذلك من يد الى يد دون الحاجة الى كتابة وهذه الحقوق هى السندات لحاملها [6] والاوراق المالية للمصارف [7] الاسهم [8] والسندات [9] الخاصة بالشركات المالية والتجارية والصناعية ، سندات دين الحكومة ، اذ تعتبر هذه الاوراق كلها ملكا لحاملها . وتتمشى قاعدة بازة المنقول سند تمليكه على هذه الديون التى وان كانت غير مادية [10] ولكنها . اندمجت كل الاندماج بنفس الورقة المثبتة لها واتصلت بها اتصال الوجود لعدم وأصبحت الورقة هى محل التداول فى الايدى بحيث تنتقل ملكية الحق

---

(١) Meubles corporels دى ملس ج ٣ ص ٢٠٣ ن ٤٦

(٢) Détention matérielle (٣) Possession réelle (٤) Créances

(٥) Meubles incorporels (٦) Titres au porteur

(٧) Billets de banque أو Banknote (٨) Actions

(٩) Obligations (١٠) Valeurs immatérilles

بانتقال الورقة نفسها . وقد كان لهذه الاوراق أهمية ظاهرة فى الاوقات الحاضرة لشيوع الشركات على اختلاف أنواعها [١]

وهل تنطبق هذه القاعدة المقررة بالمادتين ٦٠٧ و٦٠٨ على المحلات التجارية وما هى الفائدة التى تعود من انطباقها عليها أو عدم انطباقها ؟ تظهر الفائدة فيما يأتى : اذا بيع محل تجارى وطلب البائع فسخ البيع لعدم دفع الثمن وقضى بالفسخ وكان المحل التجارى قد بيع من المشترى الى مشتر ثان فهل يجوز لهذا الاخير أن يدفع دعوى البائع قبله بدفع حيازة المنقول سند لتمليكه ؟ فاذا نظر الى المسئلة من الوجهة الفقهية والعلمية البحت لما كان هناك محل للتردد فى تقرير الرأى فى هذه المسئلة ، لان المحل التجارى هو منقول معنوى ومتى كان كذلك فلا يصح التمسك بقاعدة حيازة المنقول سند لتمليكه . ولكن لما كانت للحاجات والضرورات العملية أثر فى تقرير الاصول القانونية من كل اعتبار آخر لزم على ذلك أن يطمئن المشترى للمحل التجارى حتى لا تضطرب طمأنينته باحتمال رجوع المالك الاصلى عليه ومطالبته اياه برد المحل التجارى ، بينما هو ، أى المشترى ، لا يعرفه ويجهله كل الجهل . ويميل القضاء الفرنسى الى الاخذ بالقاعدة المذكورة الخاصة بحيازة المنقول ، ولكنه يأخذ بها مع تردد اذ يقول بها أحياناً ولا يقول بها حيناً [٢] على ان هذا الاشكال القانونى قد زال امام صدور قانون ١٩ مارس سنة ١٩٠٩ الفرنسى الخاص ببيع ورهن المحلات التجارية اذ قرر بأنه لا بد من اشهار حق امتياز البائع وحق دعوى الفسخ حتى يكون ذلك حجة على الغير . أما ولا يوجد بالقانون المصرى قانون مثل هذا القانون الفرنسى فيعتبر ان الاشكال لا زال قائما هنا

٢ . — من المنقولات التى لا تتمشى عليها القاعدة أيضاً السفن لان التبايع

(١) أبرى ورو ج ٢ ف ١٨٣ — بودرى المطول مع تيسييه ن ٨٤١ و٨٤٢ و٨٤٤ — ليون كان مع رينو موجز القانون التجارى ن ١٤١٠ — دى هلس ج ٣ ص ٢٠٣ ن ٤٦

(٢) س ، ١٩٠٥ ، ٢ ، ١٢١ ومقال Wahl

فيها لا بد وأن يكون بالكتابة (المادة ٥ تجارى و١٩٠ فرنسى)

٣ . — ولا تتمشى القاعدة المتقدمة على منقولات الاملاك العامة كالاشياء الموجودة بمتاحف الحكومة[1] ولا يجوز حماية المشترى لهذه الاشياء لانه لا يجوز التصرف فيها (المادة ٩/ ٢٥ مدنى الفقرة ١٠) والمسئلة خلافية بين فقهاء القانون الفرنسى فيما اذا كانت المنقولات تعتبر من الاملاك العامة أم لا [٢] . ولا قيمة لهذا الخلاف عندنا أمام نص المادة ٩ أهلى بالفقرة العاشرة . أما المادة ٢٥ مختلط فانها لم تنص على ذلك

٤ — ولا تنطبق القاعدة المقررة بالمادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ على المجموعات المنقولة[٣] كالتركة المكونة من المنقولات[٤] . وذلك لانه من الواضح الجلى أن هاتين المادتين لم يتقرر وضعهما لاجل الفصل فيما يقع بين وارثين من النزاع . وعلى ذلك اذا وضع أحدهما يده على منقول من منقولات التركة فلا يجوز له التمسك بالقاعدة المذكورة ضد الوارث الآخر فى دعوى الميراث[٥]

٥ — ولا يجوز الاخذ بهذه القاعدة أيضاً فيما اذا تملك المشترى للمنقولات بطريقة التبعية لعقار حتى ولو لم تكن المنقولات عقارات بالتخصيص . وعلى ذلك اذا اشترى المشترى بيتاً بما فيه من الاثاث أو الرياش فليس له أن يدفع دعوى تثبيت الملكية المرفوعة بالبيت وأثاثه ، بدفع حيازة المنقول سند لتمليكه ، فيما يتعلق بالمنقول . بل تعتبر دعوى تثبيت الملكية منصبة على البيت برمته وبما فيه[٦]

---

(١) د ، ٩٧ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال Guénée — س ، ٩٦ ، ١ ، ٤٠٨ — د ، ٢ ، ٥٤ والكتب الخطية الموجودة بالمكاتب العامة : دى هلس ج ٣ ص ٢٠٤ ن ٤٨

(٢) كابتان ص ٩١٥ (٣) Universalités mobilières (٤) Succesion mobilière (٥) Pétition d'hérédité ولا تنطبق القاعدة بوجه عام على أى مجموعة مكونة من منقولات ، كمنقولات بيت ، أو منقولات مسكن : بودرى المطول مع تيسييه ن ٨٣٩ — ابرى ورو ج ٢ ف ١٨٣ — دى هلس ج ٣ ص ٢٠٤ ن ٤٧ (٦) كابتان ص ٩١٥

و — فى المصادر التاريخية لقاعدة

« الحيـازة سـند الملكية فى المنقول »

٤١٠ — لم تؤخذ القاعدة عن الرومان اذ لم يروا محلا للتفرقة فى انتقـال الملكية بين المنقولات والعقارات . بل هم يقررون قاعدتهم العامة المعروفة فيهما معاً وهى أنه لا يجوز للمالك أن يملك أكثر مما يملك . وعلى ذلك يصبح مشترى المنقول مهدداً بما يهدد به البائع له . ويجوز للمالك الحقيقى طلب المنقول من أى شخص وجد بيده حتى ولوكان مشتريه قد اشتراه بحسن نية . والتقادم هو الوسيلة الوحيدة فى دعم الملكية وتوكيدها . الا أن الرومان عملوا على التخفيف من شدة القاعدة فجعلوا مدة التقادم فى المنقول سنة واحدة ثم قرر « جوستنيا » أن تكون ثلاث سنوات

وكانوا يقررون أيضاً بأنه اذا كان الشىء مسروقا أو ضائعاً فقـد أصبح مشوباً بعيب يحول دون تملكه بالتقادم ، ولا تزول عنه شائبته الا برجوعه الى يد صاحبه . وعلى ذلك يجوز لهذا الاخير الحق فى المطالبة به الى ما لا نهاية دون أن يكون حق المطالبة معقوداً بأجل مضروب من قبل . هذا ولما كان تعريف الرومان للسرقة تعريفاً واسع المعنى[1] فقد ترتب عليه ادماج أحوال كثيرة ضمن السرقة والحاقها بها ، أى دوام حق المطالبة بالشىء الى مالا نهاية . وقد حصل ذلك فيما اذا كان المنقول قد خرج من يد صاحبه بمحض ارادته ، ولكن حرم منه المالك فيما بعد بسبب خيانة الامانة

ومما مر يرى أن القانون الرومانى لم يعبـأ وهو فى سبيل حماية المالك ، بمصلحة واضع اليـد وما تدعوه الضرورات والحاجات الاقتصـادية فى المجالات التجارية من رعايته

---

(١) اذ يقولون Contractatio fraudulosa .

ولقد ظل العمل جاريا على الاخذ بهذه الاصول الرومانية بفرنسا حتى القرن السابع عشر . وعلى ذلك كان يجوز للمالك الحقيقى للمنقول أن يطلب استرداده الى أى حائز له طالما أن مدة التقادم لم تمض بعد

ولكن لما كثرت المعاملات وتعددت أنواع تداول المنقولات بين الايدى أصبحت قاعدة حق استرداد المنقول مما تتعارض مع الرقى الاقتصادى العام . وفوق ذلك فان كثيراً من المسائل أصبح محل خلاف عظيم بين المفسرين

ذلك ان بعض الجهات كان يجعل مدة التقادم ثلاثين سنة ، والبعض الآخر كان يأخذ بالمدة الرومانية الاخيرة أى ثلاث سنوات . وقد لوحظ ان هذه المدة طويلة . ولقد كان الشارحون يقولون فى تلك العصور أيضاً بأنه لا بد فى هذا التقادم بثلاث سنوات أن يتوافر أيضا السبب الصحيح وحسن النيـة . على انه كان من الصعوبة بمكان اثبـات السبب الصحيح ، مع ان العادة جرت من زمن بعيد على عدم أخذ سند كتابى عند التعامل فى المنقولات .

هذا ولما كان الشارحون السابقون قد اختلفوا أيضا فيما اذا كان يجوز تملك المنقول المسروق أم لا يجوز ، كان من شأن ذلك أيضا أن يزيد الحال اضطراباً فوق اضطرابها لان من شأن كل هـذا أن لا يجعل المشترى للمنقول مستقراً على حال بل يظل مضطرباً لا يعرف فيما اذا كان قد أصبح مالكا ملكا نهائياً أم لا

لذا عمل رجال الفقه والقضاء على معالجة الحال وواصلوا مجهوداتهم فى سبيل تهذيب ما شاب القوانين من نقص وغموض

فبدؤا عملهم أولا وكان ذلك كله قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ بأن قرروا بأنه اذا اشـترى المشترى المنقول من سوق أو من طريق البيع العـام ورفع عليه المالك الحقيقى دعوى استرداد المنقول جاز لحائز المنقول أن يطلب الى هذا المدعى أن يرد اليه الثمن الذى دفعه (قال بذلك بوتييه) وهذه القاعدة هى التى قررتها المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى والتى قررتها المادة ٨٧ / ١١٦ مدنى مصرى وهى قاعدة أساسها العدالة كما نرى

ولما جاء القرن التاسع عشر ظلت المجهودات سائرة فى طريقهـا وتقررت هذه القـاعدة الهامة جداً وهى « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » وقد ذهب الشارحون فى تفسيرها مذهبين . مذهب قال به بوتييـه . وهو أن واضع اليد لا يلزم باثبات السبب الصحيح بعد تملكه بالتقادم بمضى ثلاث سنوات . بل يعتبر مجرد وضع اليد قرينـة على وجود سبب صحيح فى مصلحة واضع اليد . ومذهب آخر كانت له الغلبة على هذا المذهب الاول فى مجال العمل ودلت عليه كتابات عدة فيما كان يحرره المعلقون على الاحكام من الابحاث المستفيضة ، وهو أنه اذا وجد منقول مادى فى حيازة واضع اليد بحسن نية فلاتقبل ضده دعوى الاسترداد من قبـل مدعى الملكية له . أما الادلة التى روعيت فى تقرير هذه القـاعدة ، وكانت كلها أدلة عملية صرف ، فقد كانت هى الاخرى محل خلاف ونزاع . ولكن الدليـل الصحيح فى تبرير هذه القاعدة الهامة فى أن « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » فانه يرجع الى المنفعة الظـاهرة التى تعود على التجـارة ، اذ قرر بورجون[1] أحد الشارحين السابقين على وضع القانون الفرنسى بأنه « يترتب على جواز استرداد المنقول من يد الحائز له ضرر بالمصلحة العـامة لان العادة جرت أن الانسان لا يطالب بسند عند ما يشترى منقولا بل يجرى النـاس فى تعاملهم بالمنقولات باعتبـار أن كل واحد يثق بالآخر ويطمئن الى أن من يملكه واضع يده على ما يبيعه »

هذه الاعتبارات العملية التى لوحظت قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ هى هى بعينهـا التى راعاها الشارع الفرنسى فى تلك السنة عنـد ما وضع قانونه المعروف الآن . ولقد نقل هذا الشارع نفس الصيغة التى قال بها «بورجون» المتقدم بما يدل على أنه راعى فى نقلها نفس الاعتبارات العملية التى قال بها هذا الشارح . وهذه الاعتبارات واحدة عند الشعوب الآخذة بقسط من المدنية . ولذا اتفقت

---

(١) Bourjon

الشرائع العصرية على الاخذ بها فى تقرير القاعدة القائلة بحيازة المنقول سند تمليكه وهكذا فعل القانون المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ (المواد ٧٣٣ و ٧٣٤) والقانون الاهلى سنة ١٨٨٣ (المواد ٦٠٧ و ٦٠٨) والقانون الالمانى سنة ١٩٠٠ (المادة ٩٣٢) والقانون السويسرى سنة ١٩٠٧ (المواد ٩٣٢ و٩٣٣) . أما الشرائع العصرية الاخرى التى أصرت فى مناهجها التشريعية على الاخذ بالقاعدة الرومانية فانها قليلة العدد (القانون الاسبانى والمادة ٤٦٤ . والقانون البورتغالى والمادة ٥٢٢) [1]

ز — فى المسوغ القانونى

لقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

٤١١ — على أى الاصول القانونية تستند نظرية « الحيازة سند الملكية فى المنقول » المقررة بالمادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ؟ اختلف فى ذلك الشارحون وقالوا بمذهبين لا يصلحان فى تبرير النظرية تبريراً قانونياً

يقول مذهب بأن واضع اليد على المنقول يصبح مالكا بسبب التقادم الوقتى [2] أى التقادم الذى يتم فى الحال بمجرد وضع يد بدون حاجة الى زمن معين. وسند أصحاب هذا المذهب هو ورود المادة ٢٢٧٩ بالفصل المنعقد للتقادم وبالنوع الخاص بمدة التقادم . والمواد ٨٦ و٨٧ مدنى واردة بالتقادم المكسب والمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ واردة بفصل اثبات الحقوق العينية [3]

أما هذا التعليل فلا يمكن الاخذ به لان القول « بالتقادم الوقتى » قول

---

(١) كابتان ص ٩١٨ (٢) Prescription instantanée

(٣) يقول دى هلس (ج ٣ ص ٣٥٨ ن ١٣٣) « ان التقادم المكسب يتمشى على المنقولات كما يتمشى على العقارات . وفى تمشيه على المنقولات يعتبر التقادم المكسب تقادما لساعته أى تقادما وقتيا ، ان صح القول ، بتسمية مجرد تملك الشيء دون مرور زمن ، تقادما » — انظر أيضا دى هلس ج ٣ ص ٢٠١ ن ٤١ اذ سمى تملك المنقول بالحيازة تقادما وقتيا . ويقول ان وضع اليد على المنقول بالشروط القانونية يمتزج بالملكية ، بل هو الملكية بذاتها : ج ٣ ص ٢٠٣ ن ٤٠

تتعارض أجزاؤه مع بعضها البعض اذ التقادم هو وضع اليد الطويل. وهل يصح أن يقال مثلا بوجود عقد يتم لوقته دون رضاء المتعاقدين ، أو زواج بلا زوجين ؟ [١]

ومذهب يقول بالقرينة القانونية [٢] باعتبار أن المادة ٢٢٧٩ فرنسى المقابلة للمواد المصرية السابقة انما تقرر لواضع اليد قرينة قانونية على انه مالك لما وضع يده عليه ، أى قرينة ملكية ، وهى القرينة القانونية التى لا تقبل دليلا عكسياً ما [٣] . بمعنى أنه لا يجوز للمالك الحقيقى الادعاء بملكيته للمنقول الموجود تحت يد الحائز له . ويرد على هذا المذهب أن المادة ٢٢٧٩ لا تقرر من طريق الافتراض والاخذ بالقرائن ، بل هى على العكس من ذلك تؤكد بما تحكم به ، وتقرر بأن واضع اليد مالك ، ومالك أيضاً

وربما كان المذهب الاصح من حيث التعليل القانونى لهذه القاعدة يرجع الى التاريخ . ذلك لانه نظراً للفوائد العملية التى ظهرت من جراء الاخذ بهذه القاعدة رأى القانون نفسه وبالذات أن يجعل انتقال الملكية فى المنقول نتيجة وضع اليد نفسه المصحوب بحسن نية ، وأن يمحو أيضاً حق المالك الحقيقى فى طلب استرداده اذا كان قد خرج المنقول بمحض ارادة هذا الاخير . وعلى ذلك يرى أن المادة ٢٢٧٩ فرنسى والمواد المصرية المقابلة انما قررت حالة خاصة فى نقل الملكية بحكم القانون نفسه [٤] وهذا هو مذهب كولين وكابتان [٥] وهو فى نظرنا أصح المذاهب الثلاثة

هذه هى المذاهب الثلاثة التى أدلى بها الشارحون فى تعليل قاعدة « الحيازة سند التمليك فى المنقولات » وهى مذهب التقادم الوقتى ومذهب القرينة القانونية والمذهب التاريخى . فبأى مذهب أخذ القضاء ؟ يظن البعض أن القضاء الفرنسى أخذ بمذهب القرينة القانونية لان أحكاماً عدة قررت بأن المادة ٢٢٧٩ انما تستند

---

(١) كابتان ص ٩١٨ (٢) Présomption légale (٣) Présomption
irréfragable أى Juris et de jure (٤) Acquisition lege (٥) ص ٩١٨

فى حكمها الى قرينة الملكية ؛ وهى قرينة لا تقبل الدليل العكسى [(١)] . ولكن الحقيقة انهذه الاحكام لم ترد من عبارة قرينة الملكية مايدل على القرينة القانونية المقررة فى الاثبات . انما أرادت أن تقول فقط أن من يدعى ملكيته لمنقول يجب عليه حتى يضمن نجاح ادعائه أن يقوم باقامة الدليل على أن وضع يد الحائز اما أن يكون معيباً قد شابته شائبة قانونية ، أوأن واضع اليد كان سيىء النية . وهذا هو ما يستفاد أيضاً من نفس المذهب القائل بالتملك بحكم القانون[(٢)]

ح . — المسوغ القانونى

وشروط الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

٤١٢ — ان من بين الشروط اللازمة لاجل الاخذ بالقاعدة ، وهى الشروط التى قال بها العمل وأقرها القضاء ، شروطاً تتفق مع المذاهب الثلاثة ، كما أنه توجد شروط لا يمكن أن تتفق الا مع مذهب التملك بحكم القانون

١) **فى الشروط العامة التى تتفق مع المذاهب الثلاثة** : انه مهما قيل بشأن تفسير قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » فانه مما لا شك فيه أنه لا بد من توافر شروط ثلاثة لازمة لصحة الاخذ بالقاعدة . وهى أن يكون هناك وضع يد . وأن يكون وضع اليد قد توافرت فيه شروط وضع اليد المقررة بالمادة ٨٦/١١٢ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى . وأخيراً أن يكون وضع اليد مصحوباً بحسن النية

الشرط الاول : يجب أن يكون هناك وضع يد : وعلى ذلك لا يجوز الاخذ بالقاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و٦٠٨ مدنى الا اذا كان هناك جسم مادى[(٣)] أى حيازة مادية[(٤)] للمنقول محل وضع اليد . ويجب هنا أن نشير الى ما هو معروف فى

---

(١) د ، ٩٠ ، ١ ، ٤١٣ — س ، ٨٩ ، ١ ، ١٩٩ — د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٤١ ومقال Planiol
(٢) Acquisition lege
(٣) Corpus
(٤) Détention matérielle

القانون التجارى من الآراء فيما يتعلق من الوجهة العملية بوجود الحيازة الفعلية أو عدم وجودها عند تسليم مفتاح المخازن الموجودة بها البضائع وفيما اذا كان يعتبر ذلك وضع يد حقيقى أم لا (المادة ٢٧٢/٣٤٣ مدنى) . وكذلك فى حيازة بوليصة الشحن بالسكة الحديدية أو مشارطة النقل ، وفيما اذا كانت الحيازة تنطبق عليها المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى فرنسى أم لا تنطبق

هذا وما دام ان المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى تشترط وضع اليد عند الحائز للمنقول فانه يترتب على ذلك ، اذا أخذنا بالنظرية القديمة لشارحى القانون[1] فى أن الحائزين العرضيين بما أنهم لم يكونوا واضعى اليد بالمعنى القانونى الدقيق ، ما دام أنه تنقصهم نية التملك : قلنا يترتب على ذلك أن هؤلاء الحائزين العرضيين لا يستطيعون الاحتجاج بقاعدة «الحيازة سند الملكية فى المنقولات»[2] لا ضد من سلمهم المنقول وهذا أمر لا شك فيه فيما اذا ثبتت الحيازة العرضية ، ولا ضد الغير الذى يدعى ملكيته للمنقول . فاذا جاء مثلا مقترض واقترض مبلغاً وتطوع آخر ورهن رهناً حيازيا بعض سندات لحاملها ضماناً تحت يد المقرض ، ثم جاء شخص وادعى ملكيته لهذه السندات المرهونة ، وكان غير شخص المقترض وشخص الراهن ، فلا يجوز للمقترض الاستناد الى القاعدة المعروفة لاجل دفع الدعوى قبله . وهذا محل للغرابة وموضع للدهشة

على أن العمل جرى من طريق آخر على الافلات من هذا المأزق . وذلك أن القضاء الفرنسى قرر بأنه يجوز للدائن المرتهن رهناً حيازياً وللمودع لديه أن يدفعا دعوى الملكية المرفوعة عليهما من الغير بأنهما واضعا اليد ، أى يدفعان بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »[3]

على أن القضاء الفرنسى قد ذهب بعيداً أيضاً . ذلك أنه لم يكتف فقط بأن

---

(١) Théorie classique (٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٠٤ ن ٥٠

(٣) د ، ٩٢ ، ٣٧٥ — س ، ٩٢ ، ٢ ، ١٦١ ومقال Lyon-Caen — س ، ٩٨ ، ١ ، ٤٨١ ومقال Tissier — د ، ٩٠٦ ، ١ ، ٧ — س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٤٠ — كابتان ص ٩١٩

قرر بأن المودع لديه يعتبر واضع اليد بالنسبة للغير[1] بل قرر له فوق ذلك بأن له الحق فى استرداد المنقول من هـذا الغير فيما اذا خرج المنقول من يده برغم ارادته[2] . وانما أوحى الى القضاء بتقرير هذه الآراء القيمة الاعتبارات العملية وضرورات التعـامل بين الافراد ، وهى نفس العوامل الاساسـية التى مهدت الطريق للشارع فى تقرير قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

الشرط الثانى : شروط وضع اليد المفيد : لا يكفى فقط القول بوضع اليد بل لا بد فيه أيضاً من الشروط اللازمة لصحته حتى يضمن حماية القانون له ، وهى أن يكون مستمراً وهادئا ومرئياً للكافة ، ولا يشوبه غموض وابهام (المادة ٧٦/١٠٢ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى) . أما شرط الاستمرار فلا محل له لان الأثر الاول لوضع اليد انما هو تملك اليد للمنقول فى الحال[3] ، وهو تملك بحكم القانون نفسه لا يتوقف على الاستمرار . وأما العيب الخاص بالاكراه فانه من المفروض فى حالة وضع اليد على المنقول انه لا أثر للاكراه ما دام أنه يجب فى واضع اليد أن يكون حسن النية وأن يكون وضع اليد هادئاً لا تشوبه شائبة الاعتداء على المالك . وعلى ذلك فلا يبقى الا الشرطان الاخيران وهما أن يكون وضع اليد معلوما عند الكافة ، أى وضع يد علنى لاخفاء فيه ، وأن لا يكون مبهماً

أما عن هـذا الشرط الاخير وهو شرط عدم الابهـام والغموض فقد قضى القضاء الفرنسى فى أحكام كثيرة بعدم صحة الاستعانة بالقاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى فى حماية أعمال ممقوتة قد شابها الغش والتدليس . ولعلنا نذكر بعد ما سبق لنا أن أشرنا اليه بشأن المرأة التى كانت تساكن امرأة أخرى فتوفيت هذه الاخيرة وادعت الاولى ملكيتها للحلى والمصاغات المتروكة عن المتوفاة وقالت بأنها تمتلكها بسبب الهبة اليدوية . والمرأة على قيد الحيـاة وقد وضعت يدها على المنقولات هى فى حل من الادعاء بملكيتهـا لها دون أن

---

(1) Tiers. (2) د ، ٨٨ ، ١ ، ٢٥٣ — س ٨٨ ، ١ ، ٢٦٥ ومقال Ambroise Colin - د ، ٩٩ ، ٢ ، ١٥٣ (3) Possession instantanée

تكون ملزمة على الادلاء بسبب الهبة تبريراً ليدها ، وهى ليست ملزمة بهذا التدليل لانها تستند فى دعواها الى قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » وقد حازت فسندها معها . ولكن الوارث للمتوفاة ، له هو الآخر أن يقيم الدليل على أن هذه الحيازة حيازة مبهمة مشوبة بالابهام والغموض ما دام أن المرأتين الباقية والمتوفاة كانتا فى معيشة واحدة . وعلى هذه المعاشرة المشتركة بينهما وتلك المساكنة يحتمل أن يكون وجود هذه المنقولات تحت يد المرأة الباقية راجعاً الى أن المتوفاة قد ائتمنت زميلتها على هذه الاشياء[1] . على أنه يجب مراعاة أن المساكنة والمعيشة المشتركة ليست وحدها كافية لان تعيب يد المرأة الباقية على الاشياء وتجعل وضع اليد مشوباً بالابهام والغموض[2] بل من شأن هذه المساكنة أن تمهد السبيل الى اثبات عيب الابهام فى وضع اليد ، وعلى الاخص فيما اذا وجدت هناك ظروف أخرى تؤيد هذه القرينة[3]

وهناك مثل آخر قضى فيه القضاء الفرنسى أيضاً بشائبة الابهام والغموض . ذلك أن شخصاً لم يكن ساكنا مع المتوفى أنكر أولا وضع يده على أوراق مالية قد أخذ أولو الشأن فى التركة أن يبحثوا عنها . وعمل هذا الشخص على استلام أرباحها بمقتضى قسائمها[4] بمعرفة شخص آخر سخره لذلك . ولما وقع ذلك كله وشعر أنه ربما يفضح أمره وتنكشف حالة عقد النية على أن يقول بوضع يده على هذه الاوراق المالية وادعى سبباً ليده عليها الهبة اليدوية . وقد قضى القضاء بأنه ليس أهلا للتمسك بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » لان يده على الاوراق قد شابها الغموض والابهام[5]

---

(١) س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٨٥ ومقال Planiol وهو السابق الاشارة اليه — د ، ٩٠٤ ، ٢ ، ٢٨٩ (٢) د ، ٩٥ ، ١ ، ٣٦٤ — س ، ٩٥ ، ١ ، ١٣٦ (٣) د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٢٨١ . ومقال Poncet — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٣٣ ومقال Naquet — كابتان ص ٩٢٠ (٤) Coupons (٥) كابتان ص ٩٢٠ — د ، ٩٠٤ ، ٢ ، ٢٨٩ ومقال Planiol — س ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٤١ ومقال Ferron — د ، ٩٠٦ ، ٢ ، ٢٤٦ .— س ، ٩١٠ ، ١ ، ٥٥٨ — ويعتبر أن هناك ابهاما وغموضا فى اليد اذا وجدت أشياء ذات قيمة مملوكة

ولمن من أحد الزوجين مفروشات المنزل ؟ هل هى للزوجة ؟ أم للزوج ؟ فى ذلك تقول المادة ١١٨ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ما يأتى : « اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فى متاع موضوع فى البيت الذى يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو الزوجة فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الا أن يقيم الزوج البينة وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً له فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة وأيهما أقامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه . وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما »[٢] ويجوز لدائن أحد الزوجين التمسك بهذه المادة اذا ما أراد المطالبة بحقوق مدينه[٣]

ولما اشتد الخلاف بين المحاكم بشأن جهاز المرأة المنوه عنه بالمادة ١١٦ عرض الاشكال على القضاء المختلط بدوائره المجتمعة وفصل فيه بحكم فى ٢٩ ابريل سنة ١٩١٤[٣] وقرر الاخذ بالمادة ١١٦ المذكورة اعتماداً على المادة ٣٦ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وقرر الاباحة للزوجة باقامة الدليل فى غير حالة افلاس الزوج على ملكيتها لهذا الجهاز ، مع مراعاة مركزها الاجتماعى ومركز من جهزها[٤]

الشرط الثالث . حسن النية : لاسبيل لواضع اليد فى الاستعانة بالقاعدة المعروفة ضد المسترد للمنقول الا اذا كان حسن النية . وطبقاً للقواعد العامة يكفى فى حسن النية أن يكون موجوداً وقت البدء فى وضع اليد وليس من الضرورى أن يظل موجوداً فيما بعد (المادة ٢٢٦٩ فرنسى وحكمها عام) والمفروض أن حسن النية موجود (المادة ٢٢٦٨ فرنسى وحكمها عام) وعلى من يدعى الملكية

للمتوفى بأيدى الخادمين أو بيد غيرهم ، وادعى واضعو اليد أنها تسلمت اليهم على سبيل الهبة . والامر فى هذه الاحوال يرجع للظروف الخاصة . ويلاحظ هنا عدم جواز تجزئة الاقرار على المقر . وعلى الورثة اقامة الدليل على أن السبب فى الحيازة الحاضرة يرجع للسرقة أو التبديد أو غير ذلك : دى هلس ج ٣ ص ٢٠٥ — ٢٠٦ ن ٤٢ — وتعتبر اليد مبهمة أيضا اذا كان المنقول محل الحيازة مشاعا مع من يطالب بتثبيت ملكيته اليه . بودرى المطول مع تيسيه ن ٨٦٠

(١) شرح الاحكام الشرعية للشيخ زيد بك ص ١٢٩ (٢) ج ع ٣ ص ٤٤٥ ن ٤٧٠٩ و ٤٧١١ و ٤٧١٦ (٣) جازيت ٤ ص ١٥٣ عدد ٣٧٥ (٤) راجع التنفيذ للدكتور ابو هيف بك ص ٢٦٤ — ٢٦٩ ن ٤٢٢ — ٤٢٤

للمنقول أن يقيم الدليل على سوء النيـة ، وله الاستعانة فى ذلك بجميع أوجه الاثبات الممكنة [١]

٤١٣ — ٢) فى الشروط الخاصة التى تتعلق فقط بشرط التملك بحكم القانون :

هذه الشروط هى التى تتفق ، وتتفق فقط مع المذهب الذى رجحناه عن المذهبين الآخرين وهو مذهب التملك بحكم القانون [٢] وعلى الاخص فيما اذا استبعدنا المذهب القائل بالتقادم الوقتى

فاذا فرضنا صحة هذا المذهب مذهب التقادم الوقتى وأن القاعدة المعروفة انما يرجع فى تعليلها القانونى الى هذا المذهب لترتب على ذلك أن الاخذ بها موقوف على توافر الشروط اللازمة لصحة التقادم القصير ، أى ليس فقط على شرط حسن النية بل على شرط اثبات وجود سبب صحيح ، كما كان يقول بذلك بوتييه وعدد كبير من شارحى القانون الفرنسى القديم ، وها قد رأينا أن العمل أبى الاخذ بهذا المذهب لانه معطل للمعاملات ويتعارض مع الاعتبارات والضرورات العملية كما أوضحناه فى مكانه

وهل فى ترك المذهبين الاولين جانباً ، وفى الاخذ بالمذهب الثالث مذهب كولين وكابتان فى أن تملك المنقول هو بحكم القانون ، ما يفيد بأنه لا حاجة مطلقا الى السبب الصحيح ؟ طبعا لا . لانه يجب على واضع اليد أن يكون حسن النية حتى يستطيع الاستفادة من الاخذ بالقاعدة المعروفة .ومن المستحيل أن يعتبر واضع اليد حسن النيـة اذا جاء واعتدى بيده على المنقول بمحض ارادته . وعلى ذلك واضع اليد حسن النية هو فقط ذلك الشخص الذى استلم المنقول بناء على عقد ناقل بطبيعته للملكية كالبيع والهبة والوصية وغير ذلك ، وكان يجهل وقت التعاقد ما هنالك من الشوائب التى تشوب عقده . وموجز القول يجب على واضع اليـد

(١) د ، ٩٠ ، ١ ، ٤١٣ — س ، ٨٩. ، ١ ، ١٩٩ — كابتان ص ٩٢١

(٢) Acquisition lege

أن يكون ذا سبب صحيح . انما تجب ملاحظة أن السبب الصحيح لم يشترط هنا الا لاجل أن يكون أمارة على حسن النية ودليلا عليه ، ولا يعتبر فى ذاته ، كما فى مذهب التقادم الوقتى ، شرطا لازما لوضع اليد ويترتب على ذلك نتيجتان لازمتان لهذا المذهب ، مذهب التاريخ ، ولا يمكن الاخذ بهما فى مذهب التقادم الوقتى :

النتيجة الاولى : ان السند الظنى أو التخمينى [1]. يصح أن يتخذه واضع اليد ذريعة له فى الاستناد الى القاعدة المعروفة القائلة بأن « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

النتيجة الثانية : ليس من اللازم على واضع اليد أن يقيم الدليل على وجود السبب الصحيح ، لانه لا يفترض فيه فقط بأنه حسن النية ، بل يجب أن يفترض فيه أيضا بأن لديه سببا صحيحا . فاذا قال واضع اليد على منقولات ان السبب ليده هو الهبة اليدوية فلا يلزم باثبات هذه الهبة بل يكفيه القول بها ليس الا . وأما مدعى الملكية فانه ملزم باقامة الدليل على أنه ليس هناك هبة يدوية ، أو أن واضع اليد قد حاز المنقول بسبب آخر غير الهبة اليدوية المقول بها ، أو أن وضع اليد هذا مشوب بالابهام والغموض [2] . وفى الزام مدعى الملكية باقامة الدليل على عكس ما يدعيه واضع اليد ، دون أن يحمل هذا الاخير باثبات ما يدعيه ، مصلحة ظاهرة للحائز للمنقول لما فيه توكيد يده على المنقول ، وهذه المصلحة ضرورية كما قلنا حتى لا تضطرب المعاملات بين النـاس ، اذ لاحظنا أن العادات فى المعاملات جرت على أن لا يتعاملوا بالكتابة فى المنقولات . فاذا ألزم واضع اليـد باثبات السبب الصحيح ليده لكان فى ذلك تعجيزاً له ، مع العلم بحكم العادات والعرف ، وهـذا ما جعل الشارع الفرنسى والشارع المصرى من بعـده أن يترك ما قرره الرومان فى هذا الشأن [3]

---

(١) Titre putatif (٢) د ، ٨٢ ، ١ ، ١١١ — س ، ٨٣ ، ٢ ، ٤٤٧ — د ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٠ — س ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٤ — دى هاس ج ٣ ص ٢٠٦ ن ٥٢ — راجع أيضاً ص ٢٠٦ ن ٥١ (٣) كابتان ص ٩٢١

ط — فى أثر القاعدة «الحيازة سند الملكية فى المنقول»

بين واضع اليد والمملك له

٤١٤ — يحصل أن يصطدم المملك مع من ملكه المنقول ويختلفان بعد حصول التسليم ووضع اليد . وللاختلاف هذا صور مختلفة ترجع لظروف شتى

اذ يحصل أن بائعاً أو واهباً لمنقول يدعى بعد حصول البيع والهبة أن هذا البيع أو هذه الهبة أو بعبارة أخرى ان عقد تمليك المنقول عقد مشوب بالبطلان[1] أو الفسخ[2] أو الابطال[3] وانه بناء على ذلك يطلب رد المنقول اليه

اذ يحصل أن مؤجراً أو مودعا أو راهناً رهنا حيازيا جاء يطالب رد المنقول الذى سلمه لمن ادعى التأجير اليه أو الايداع عنده أو الرهن لديه

فاذا ثبت فى الحالتين المتقدمتين صحة مايدعيه المدعى أصبح المدعى عليه وليس له الحق مطلقا فى الاستعانة بقاعدة «الحيازة سند الملكية فى المنقول» وفى طلب رفض الرد الموجه اليه[4]. وذلك يرجع الى ان الحائز ملتزم بالتزام شخصى بالرد ولا يمكن أن القاعدة المعروفة تخليه من هذا الالتزام ، لانها لم تتقرر لهذا الغـرض

اذا علم ذلك فهل يجوز للمدعى بدلا من أن يطلب الزام المدعى عليه بالوفاء بالالتزام الشخصى أن يطلب تثبيت ملكيته للمنقول ؟ أو بعبارة أخرى هل تجوز هنا دعوى الملكية فى المنقول كما جازت دعوى الوفاء بالالتزام الشخصى ؟ فاذا تعذر على المدعى اثبات الوقائع التى يدعيها من بطلان العقد والفسخ ، وحصول التأجير ، والرهن والوديعة وغيرذلك ، فهل له حق الاكتفاء بطلب تثبيت ملكيته للمنقول بأن يقول بأن المواد ٦٠٧ و٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى انما هى خاصة

---

(١) Nullité (٢) Résolution (٣) Révocation

(٤) ويجوز الاثبات بشهادة الشهود والقرائن فى حالة الغش والتدليس (د ، ٩٠ ، ١ ، ٤١٣ — بودرى مع تيسيه ن ٨٥٣) كما اذا كان عقد البيع يستر وراءه عقد قرض أو ايجار: دى هلس ج ٣ ص ٢٠٥ ن ٥١

بالمالك فى علاقاته مع جماعة الغير وهم الحائزون للمنقول ولم تكن خاصة بالمالك فى علاقاته مع من يأخذ المنقول منه مباشرة ، وانه بناء على ذلك لا يجوز أن يحتج ضده بوضع اليد ؟

يجيب القضاء الفرنسى على ذلك بالسلب . اذ يقرر بأنه يجوز لكل من كان حائزاً للمنقول حق الاستعانة بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » والدفع بها فى وجه من سلمه المنقول وفى وجه أى شخص كائن من كان . ذلك لانه اذا رجعنا الى الاسباب التى دعت الى تقرير هذه القاعدة المعروفة ، وأنها أسباب ترجع للمصلحة العامة وللعدالة أيضاً ، نرى أنه لا يمكن مع وجود هذه الاسباب القول بعكس ما قرره القضاء الفرنسى . والا اذا قيل العكس لترتب على ذلك احراج موقف الحائزين المنقول وارهاقهم فيما اذا لم يأخذوا سنداً كتابياً بالتمليك أو فيما اذا فقدوا سند التمليك . وفى هذه الحالة يصبحون وقد انتهز المملكون لهم سيئو النية هذه الفرصة فرصة عجز المشترين عن اثبات مصدر الملكية وسببها اذ يكفيهم فى هذه الحالة مجرد الادعاء ببطلان العقد أو القول بما يشوبه ويعيبه ، أو الادعاء بأن وضع اليد هذا انما هو حيازة عرضية وهم يرمون بذلك الى جعل خصومهم فى موقف اثبات العكس . وقالت فى ذلك محكمة النقض الفرنسى قولا مأثوراً عنها [1] « ليس من شأن المادة ٢٢٧٩ (وهى المقابلة للمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى مصرى) أن تحول بين واضع اليد على الاشياء المنقولة وبين أن ترفع عليه دعوى رد هذه المنقولات اذا كان قد التزم التزاما شخصياً بالرد[2] ولكن يجب أن يكون من مفهوم هذه القاعدة أيضا ، ان من كان له الحق فى رفع الدعوى ، عليه أن يقيم الدليل على سبق وجود هذه الرابطة الشخصية [3] »

هذا ويرى « كولين وكابتان » ان هذا الرأى صحيح لاغبار عليه فيما يتعلق بالرأى ذاته لا فيما يتعلق بجميع الاسباب التى دعت الى تقريره ، ولا فيما يتعلق بكيفية

---

(١) د ، ٩٤ ، ١ ، ٤٨ — س ، ٩٦ ، ١ ، ٧٩ (٢) Personnellement obligé (٣) Lien personnel د ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٠ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٤

وضع المسئلة على بساط البحث . أما هذه المسئلة فقد وضعها القضاء بالكيفية الآتية :[1]

« هل يجوز للمالك ، الذى خرج المنقول من يده بغير السرقة والضياع ، أن يدعى قبل من سلمه بارادته ورغبته المنقول ، طلب اعادة وضع يده على هذا المنقول ويكون الطلب ليس فقط بالدعوى الشخصية الناشئة عن العقد ، بل بدعوى تثبيت الملكية ؟ » وقد أجاب القضاء الفرنسى على هذا السؤال بالسلب . وقال بأنه يجب على المدعى أن يقيم الدليل على وجود الرباط الشخصى الذى يربطه بواضع اليد

ويرى كولين أن طريقة بسط المسئلة لم تكن صحيحة وكان يمكن تقرير رأى القضاء هذا بطريقة أخرى لا تحتاج الى ضرورة استبعاد دعوى تثبيت الملكية وعدم الاخذ بها . ذلك لان المسئلة فى الحقيقة تستحيل فى مجموعها الى مسئلة اثبات. اذ تنحصر المسئلة فى هل واضع اليد على المنقول قد التزم بالرد أم لم يلتزم . فاذا ثبت التزامه بالرد أصبحت يده عرضية ، وعلى ذلك لا يعتبر واضع يد بالمعنى الصحيح للملكية ، أو واضع يد بصفة مالك كما تقضى بذلك المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى . وحينئذ لا يجوز له أن يتمسك بالقاعدة المعروفة باعتبارها تمليكا بحكم القانون . وفى هذه الحالة يجوز رفع دعوى الملكية عليه ، كما يجوز أيضاً رفع دعوى الالتزام الشخصى بالرد . وكل ما يستفاد من حكم القضاء أنه يجب على المدعى اقامة الدليل على ما يدعيه . وأما حائز المنقول فيلتزم السكوت حتى تثبت الحيازة العرضية قبله . وهذا هو الرأى المعقول والذى يتفق مع الاصول المقررة فى وضع اليد والاثبات

ولكن قد يقال ما هى الفائدة التى تعود من اثبات الحيازة العرضية ما دام أن للمالك ليس فقط رفع الدعوى الشخصية بالرد ، بل له أيضاً رفع دعوى تثبيت الملكية ؟ تلك الفائدة هى أنه لو تقرر خلاف ذلك ولم يلزم المدعى باثبات الحيازة العرضية فى الحالتين ، فى دعوى الالتزام الشخصى ودعوى تثبيت الملكية ، قلنا

(١) كابتان ص ٩٢٢ و ٩٢٣

اذا تقرر خلاف ذلك لترتب عليه انه توجد حالات يستحيل فيها على المالك استرداد منقوله مع اقامته الدليل على الحيازة العرضية لدى خصمه ، لانه يجوز أن يكون قد فقد الدعوى الشخصية الخاصة بالالتزام الشخصى وزالت عنه ، وأنه لم يستطع الحصول عليها بالمرة . وهذه الحالات ثلاثة وهى :

أولا — يحصل أن الدعوى الشخصية بطلب الرد تكون قد انقضت بالتقادم المسقط . فاذا وجدت دعوى الملكية استطاع معها المالك استرداد منقوله اذا صح ما يقال بحق بأن دعوى الملكية لا تسقط مع مضى الزمن طال ماطال

ثانياً — يحصل أن المنقول قد سلم بطريق الحيازة العرضية الى شخص مفقود الاهلية كالقاصر مثلا . وفى هذه الحالة كيف يمكن للمالك استعادة المنقول اليه اذا لم تتقرر له من قبل دعوى تثبيت الملكية بجانب دعوى الالتزام الشخصى بالرد وهى الدعوى (أى دعوى طلب الرد) التى لم تظهر له بعد فى عالم الوجود ما دام أن الحائز العرضى مفقود الاهلية ؟ وهذا الرأى مؤيد بالقانون اذ قررت المادة ١٩٢٦ مدنى فرنسى وحكمها عام بأنه « اذا حصلت الوديعة بمعرفة شخص أهل للتعاقد مع أمين مفقود الاهلية فليس للمودع سوى دعوى تثبيت الملكية [١] للشىء المودع طالما أنه موجود تحت يد المودع اليه »

٣ — وهناك حالة خاصة لا يمكن فيها للمالك الاصلى للمنقول استرداده له من يد الحائز العارض لهذا المنقول اذا حرم من دعوى تثبيت الملكية وتقررت له فقط دعوى الالتزام الشخصى دون دعوى الملكية . هذه الحالة هى ما اذا كان الحائز صاحب حق انتفاع وكان كل من المنتفع ومالك العين قد تملك حقه من شخص آخر من طريق الايصاء أى الوصية ، فاين هو اذن أثر دعوى الالتزام الشخصى حتى يمكن لمالك العين حق رفع الدعوى الخاصة بهذا الالتزام الشخصى قبل المنتفع لاجل استرداد المنقول، مادام أنه لايوجد عقد لهذا الالتزام بين مالك العين

---

(١) Action en revendication

والمنتفع ؟ حينئذ يجب القول هنا بأن دعوى تثبيت الملكية هى الدعوى الوحيدة التى يستعين بها مالك العين لاجل طلب رد المنقول اليه فى نهاية الانتفاع . وبذا قال المشترع أولبيان[1] الرومانى أيضاً[2]

ى — فى قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »

والضياع والسرقة

٤١٥ — والآن ما هو حكم قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » اذا كان المنقول ضائعاً أو مسروقاً ؟ فهل تسرى هذه القاعدة فى هذه الاحوال أم هناك أحكام خاصة ؟ لابد من التفرقة بين حالتين

اما أن يكون المنقول موجوداً بيد السارق أو بيد من وجده . واما أن يكون موجوداً بيد الغير[3] وهو غير السارق وغير من وجد الشيء . وأن يكون هذا الغير سيء النية ، أى يعلم بأن الشيء مسروق أو ضائع : فى هذه الاحوال تصح دعوى تثبيت الملكية ولا تثبت الملكية لواضع اليد الا بالتقادم الطويل أى مدة ١٥ سنة

واما على العكس مما تقدم فيما اذا وجد المالك الاصلى للمنقول أمام واضع يد حسن النيـة . ففى هذه الحالة يجوز أيضاً للمالك استرداد منقوله ، ولكن هذا الاسترداد معقود بشروط خاصة مختلفة وهى :

أولا — لاتصح دعوى تثبيت الملكية الا فى ظرف ثلاث سنوات . وفى ذلك تقول المـادة ٨٦/ ١١٥ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ما يأتى : « يسقط حق الملك[4] فى الشيء المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين » وتبتدىء المدة من وقت حصول السرقة والضياع

ثانياً — « كل من اشترى شيئاً مسروقاً فى السوق العام[5] أو ممن يتجر فى

---

(١) Ulpien (٢) كابتان ص ٩٢٤ (٣) Tiers (٤) Prescription
(٥) Marché public

مثل ذلك الشيء[1] وهو يعتقد ملكيته له ، يكون له الحق فى طلب الثمن الذى دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده » (المادة ٨٧ / ١١٦ مدنى و ٢٢٨٠ فرنسى)

وهذه المادة قالت بجواز الرد على شرط دفع الثمن فى حالة ما اذا اشتراه المشترى من سوق عام أو من تاجر . ويجب أن يلاحظ هنا أن الاسترداد غير جائز فيما اذا خرج عن الحالتين المعينتين هنا . فاذا كانت هناك حالة أخرى غير السرقة والضياع وتشابهت مع السرقة فلا تأخذ حكم المادة السابقة ، كحالة خيانة الامانة والنصب . اذ يعتبر مالك المنقول قد تخلى فى هذه الاحوال الاخرى عن المنقول بمحض ارادته . وعلى ذلك لا يجوز له رفع دعوى تثبيت الملكية واسترداد المنقول من يد الحائز له بحسن نية . وهذا أمر ذو بال[2]

والآن نعود الى تحليل المادة المتقدمة وبيان أحوالها :

١) تسرى مدة الثلاث السنوات الخاصة بالتقادم فى حالتى السرقة والضياع من وقت حصول السرقة والضياع كما ذكرنا (يلاحظ أن المادة الفرنسية ٢٢٧٩ فقرة ٢ هى التى قالت بذلك ولم تقله المادة ٨٧ / ١١٥ مدنى المصرية . ولكن حكم المادة الفرنسية حكم عام) وعلى ذلك فلا تعتبر مدة التقادم خاصة بتقادم مكسب. فاذا اشترى المشترى هذا المنقول فى أواخر أيام الثلاث السنوات ثم تمت المدة والمنقول تحت يده ، جازله أن يدفع دعوى المالك الاصلى قبله بدفع قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » ومعنى ذلك ان الدفع بالقاعدة المعروفة يصبح معطلا وموقوفا فى مصلحة المالك الاصلى للمنقول مدة ثلاث سنوات ، فاذا ما مضت المدة زال التعطيل أو الايقاف وعاد ظهور الدفع بها[3]

واذا كانت مدة الثلاث السنوات ليست خاصة بالتقادم المكسب فهى كذلك ليست خاصة بالتقادم المسقط . بل المدة المذكورة هى مجرد مدة مضروبة ومعينة لا تسرى عليها أحكام الايقاف والقطع فى التقادم[4] وتسمى أيضا هذه المدة بمدة

(١) Un marchand qui en faisait commerce

(٢) د ، ٨٥ ، ١ ، ٢٣٢ — س ، ٨٦ ، ١ ، ٤٠٧

(٣) كابتان ص ٩٢٤ — ٩٢٥

(٤) كابتان ص ٩٢٥

السقوط [١] والفرق بين مدة التقادم ومدة السقوط ان الحق الاصلى فى الاولى مقرر من قبل وتام الوجود لا ينقصه شيء . وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين ، بل لا بد فيه حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذا نرى أن المدة فى الحالة الثانية لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه ، لانه سبق أن تكون من قبل . فاذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه فانما يطلب حقا مقررا كاملا . وأما المدعى فى حالة مدة السقوط فانه ملزم برفع الدعوى حتى يظهر حقه كاملا ، وبدون رفع الدعوى لا يعتبر الحق موجوداً بتمامه . لذا كان الحق الكامل الموجود بتمامه فى مدة التقادم حقا يعنى القانون بحمايته من حيث القطع والايقاف فى المدة . وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له فى القطع والايقاف . بمعنى أن مدة السقوط لا تقبل تطويلا بايقاف سريانها أو قطعها فى مصلحة المدعى لان الحق لم يولد كاملا بعد حتى تتقرر له هذه الحماية . ومن امثال مدة السقوط المدة الخاصة بدعوى الشفعة وضرورة رفعها فى ظرف ثلاثين يوماً من وقت الانذار فى اظهار الرغبة بالاخذ بالشفعة (المادة ١٥ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ وسنوضح ذلك فى مكانه)

٢) واذا كان واضع اليد حسن النية واشترى الشيء المسروق أو الضائع من سوق[٢] أو مولد [٣] أو فى بيع عام [٤] أو من تاجر يتاجر فى هذا النوع ، فلا يجوز للمالك الاصلى رد المنقول اليه الا اذا دفع لواضع اليد ما دفع هذا الاخير من الثمن . وهذا هو ما قال به القانون الفرنسى القديم . وشرعية هذه القاعدة أن لا سبيل على مؤاخذة المشترى ولا يجوز اتهامه باهمال أو عدم احتياط . لانه لم يوجد من الامارات وقت شرائه ما يدل على أن الشيء ضائع أو مسروق . وليس من العدل حينئذ حرمانه من الثمن الذى دفعه . وأما المالك الاصلى فانه اذا ضاعف

---

(١) Délai de déchéance (٢) Marché (٣) Foire
(٤) Vente publique

من العناية فى المحافظة على شيئه فمن المحتمل ان ذلك ربما كان حائلا دون وقوع السرقة والضياع . واذا تعارضت هاتان المصلحتان ، مصلحة المشترى ومصلحة المالك ، وجب ترجيح الاول على الثانى [1]

٤١٦ — وهناك صعوبات عملية ترجع الى تطبيق القاعدة المتقدمة فى مجال العمل مثال ذلك

١ . — اذا اشترى صيرفى [2] بحسن نية سندات مالية لحاملها وكانت السندات مسروقة أو ضائعة ، وقدمت اليه هذه السندات وهو بمحله، باعتبار المحل بمثابة سوق دائم ، فهل يجوز لصاحب هذا المحل فيما اذا رفعت عليه دعوى تثبيت الملكية من المالك الاصلى للسندات المالية ، أن يطلب الى المدعى دفع الثمن اليه أى الثمن الذى اشترى به هذه الاوراق ؟ لا يجوز ذلك طبعاً . لانه لم تتوافر فى هذا الصيرفى الشروط المقررة بالمادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٢٨٠ فرنسى . وكان من اللازم عليه أن يتأكد من حسن سيرة الشخص الذى باع له والذى لا يعرفه التاجر من قبل . لذا يعتبر الصيرفى مخطئاً فيما اذا لم يقم بهذا البحث

٢ . — واذا كان الدائن للمدين محلا مالياً يأخذ رهناً [3] من مدينه سندات مالية لحاملها مسروقة أوضائعة ، فهل يجوز لهذا الدائن أن يطلب الى المالك الاصلى رافع دعوى تثبيت الملكية أن يدفع له الثمن أى يدفع له فى هذه الحالة قيمة الدين الذى تضمنه هذه الاوراق ؟ ان هذه الحالة تشبه الحالة المتقدمة . لان محل التسليف [4] لا يمكن تشبيهه بالسوق العام . ويعتبر الدائن حينئذ مخطئاً فى أنه لم يتحقق من الاوراق المسلمة له ولم يعمل على جمع استعلامات بشأنها . وعلى ذلك

(١) ونرى أنه يجوز للمشترى فى هذه الحالة حق حبس المنقول تحت يده حتى يتقاضى ثمنه من المالك المسترد : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ٩١٥ م ر ١ ، ١٦ ص ١٢١ عدد ٧١ ، ح ٣١ ص ٢٣٣ ، مرجع ص ٤١٠ ن ١٤٢٥ — انظر عكس ذلك قنا ٢٠ فبراير سنة ٩٠١ المحاكم ١٢ ص ٢٦٢٤ ، مرجع ص ٤١٠ ن ١٥٢٤

(٢) Changeur (٣) Gage (٤) Établissement de crédit

يجب عليه رد هذه الاوراق الى صاحبها بحيث لا يتوقف ردها على المطالبة بقيمة الدين [١]

ولكن الحكم يختلف فيما اذا كان المصرف المالى المقرض قد استلم الاوراق المالية بصفة رهن من يد أمين مبدد أو وكيل مبدد أيضاً لهذه الاوراق : اذ فى هذه الحالة يجوز للدائن عدم تسليم الاوراق حتى يأخذ مبلغه . أى يستعين هنا بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » أى بالمواد ٦٠٧ و٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى ، لا بالمادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٨٠ فرنسى [٢]

٤١٧ — هذا ولا يفوتنا الاشارة الى القانون الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٢ والخاص بالبيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات [٣] وما قررته المادة ١٢ منه حيث قالت ما يأتى: « اذا حصلت المطالبة برد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأى سبب آخر وجب على المالك اجراء ما يأتى : — أولا . أن يثبت بالطرق القانونية حقه فى الملكية . — ثانياً . أن يدفع المبلغ المطلوب على الرهن من رأس مال وفوائد الا اذا كان الدائن قد أمكنه العلم فى وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكا للمقترض أو أن المقترض لم يكن يجوز له رهنه »

ويلاحظ ان محلات التسليف على رهن هى غير المصارف المالية المعروفة لانها لا تنشأ الا بمقتضى تصريح من الحكومة (المادة الاولى من القانون المذكور) بخلاف المصارف المالية أو البنوك فانها شركات خاضعة لاحكام القانون التجارى ولقرارات مجلس الوزراء الصادرة سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٢٣

ومما تجب ملاحظته هنا ان المادة ١٢ المذكورة تقول بجواز استرداد المنقول بسبب السرقة أو بأى سبب آخر . فاطلقت فى التعميم ولم تخصص جواز الاسترداد بالسرقة والضياع . وعلى ذلك نرى أن الاسترداد جائز فيما اذا خرج المنقول من يد صاحبه بمحض ارادته كما يحصل ذلك فى حالة خيانة الامانة أو النصب ، وهذا على

---

(١) س ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤٨١ ومقال Tissier (٢) كابتان ص ٩٢٥
(٣) Maisons de prêts sur gage

خلاف ما قررته المادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٢٨٠ فرنسى وما قرره القضاء الفرنسى كما سبق بيانه فى محله

٣ . — واذا كانت المنقولات من الاملاك العامة طبقاً للمادة ٩ فقرة ١٠/١٦ مدنى ثم سرقت أو ضاعت فهل تخضع هى الاخرى لحكم المادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٢٨٠ فرنسى ، أى أنه لاترد الى الحكومة الا اذا دفعت ثمنها الى الحائز لها ؟ يقول الفقه الفرنسى بالسلب وكذلك الفقه المصرى [١] . والسبب ظاهر لان المواد الخاصة بجواز الاسترداد فى ظرف ثلاث سنين لا تتعلق الا بالمنقولات التى يجوز التصرف فيها . وأما المنقولات المعدودة ضمن الاملاك العامة فلا تقبل تصرفا [٢] ولا تقادماً [٣] وعلى ذلك يجوز للحكومة أن تسترد هذه المنقولات فى أى وقت تشاء دون أن تكون مقيدة بمدة ثلاث سنوات . ولكن اذا جاز الاسترداد لمنقول من الاملاك العامة فى أى وقت مهما طال الاجل ، فهل مع ذلك تلزم الحكومة بدفع الثمن الى الحائز للمنقول بحسن نية أخذاً بالمادة ٨٧/١١٦ مدنى و٢٢٨٠ فرنسى ؟ نقول لايجوز ذلك لان دفع الثمن متصل تمام الاتصال بدعوى الاسترداد . ولان المادة ٨٧ نتيجة حتمية للمادة ٨٦ . فاذا انتفى الاخذ بمدة ثلاث سنوات فكذلك ينتفى الاخذ بدفع الثمن [٤]

وهناك قواعد خاصة بشأن ضياع سندات ديون الحكومة المصرية

فى تملك واضع اليد

حسن النية للثمار

١) فى مصدر هذه القاعدة وفى اسبابها

٤١٨ — تقول المادة ٥٤٩ مدنى فرنسى بأن واضع اليد يتملك الثمار

---

(١) دى هاس ج ٣ ص ٢٠٩ ن ٦٤ (٢) Inaliénables

(٣) Imprescriptibles (٤) كابتان ص ٩٢٦ — وانظر عكس ذلك د ، ٢٠٩ ، ٢٣٠

له خاصة[1] اذا وضع يده بحسن نية «وأما فى حالة العكس فانه يلزم برد المحصولات[2] مع الشىء الى المالك المسترد » وأضافت على ذلك المادة ٥٥٠ فرنسى انه يعتبر واضع اليد حسن النية اذا وضع يده على اعتبار انه هو المالك وبناء على عقد ناقل للملكية صادر من مالك ، وهو يجهل العيوب التى تشوب عقده » وليس لهاتين المادتين شبيه بالقانون المصرى . ولكن من المتفق عليه الاخذ بهما بالقانون المصرى . لان المادة ١٤٥/٢٠٦ مدنى و١٤٧/٢٠٨ مدنى تؤيد الاخذ بهما حيث تقول أولاها «من أخذ شيئاً بغير استحقاق[3] وجب عليه رده»[4] وتقول ثانيتهما « فاذا أخذ ذلك الشىء مع علمه بعدم استحقاقه له[5] كان مسئولا عن فقده[6] وملزما بفوائده[7] وريعه »[8]

ووجب على واضع اليد أن يرد الشىء عقاراً كان أو منقولا ، أو قيمته اذا زال أثره . وعليه أن يرد ما جناه منه من الثمرة على اختلاف أنواعها ان وجدت ، وقيمتها ان استهلكت ، لان الثمرة تابعة للشىء (المادة ٥٤٧ فرنسى وحكمها عام) ولكن يحصل ان يترتب على رد الثمرة نتائج سيئة لواضع اليد . لانه من المحتمل أن يكون قد استهلك الثمرة للتعيش منها كلما جناها أولا فأولا . واذا التزم برد الثمرة لترتب على ذلك الزامه بأن يردها من ماله الخاص ما دام أنه قد صرفها فى شؤونه المعاشية . ولكن ازاء ذلك يجب ملاحظة أن المالك الاصلى كان مهملا . وبخطأه هذا يصبح واضع اليد فيما اذا كان حسن النية معرضا لهذه الخسارة الكبرى . ألا يكون من العدل فى هذه الحالة وعند تعارض مصلحة المالك الاصلى المهمل ، وواضع اليد حسن النية ، أن يفضل هذا الاخير على الاول ، مادام أنه لايوجد محل لمؤاخذته على خطأ وقع منه ؟ قال الرومان بذلك . اذ بينما قرروا ضرورة رد العقار وما يتبعه[9] الى المالك الشرعى الذى يطلب الرد ، الا انهم

---

(1) Fait les fruits siens (2) Produits (3) Pas dû
(4) Restituer (5) De mauvaise foi (6) Perte (7) Intérêts
(8) Fruits (9) Cum sua causa

استثنوا من هذه القاعدة حالة ما اذا كان المدعى عليه فى دعوى تثبيت الملكية حسن النية واستهلك الثمار . أما الثمار التى لم تستهلك بعد[١] فترد للمالك مع العقار . وأخذ القانون الفرنسى القديم بهذه القاعدة كما أخذ بها القانون الحاضر . الا أن القانون الحاضر لم يفرق كما فعل الرومان بين الثمار المستهلكة والثمار غير المستهلكة . اذ تعتبر الثمار جميعها وهى ما جناها واضع اليد حسن النية ملكا له ، سواء كان قد استهلكها فعلا أو احتفظ ببعضها . والحكمة فى عدم القول بالتفرقة صعوبة الاثبات عملياً بين الثمار المستهلكة والثمار غير المستهلكة . على أن الفرق بين القاعدة الحاضرة والقاعدة الرومانية فرق ليس كبير الاهمية . اذ يمكن القول مع ذلك بأن القاعدة الرومانية لازالت صحيحة وأنه يجوز الاخذ بها فى الوقت الحاضر ، الا أنه مع صحة الاخذ بها فانه قد تقررت بجانبها قرينة الاستهلاك بالنسبة لجميع الثمار

ولقاعدة عدم رد الثمار شرطان . جنى الثمار وحسن نية واضع اليد :

٤١٩ — الشرط الاول . جنى الثمار :[٢] اذا لم تجن الثمار بعد وجب على واضع اليد ردها حتما لصاحب العقار لانه لم يتمكن من استهلاكها بعد ، وليس فى ردها ارهاق له ونقص لماله

ويترتب على ذلك ، على عكس ما قرره البعض ، انه لا يجوز الاخذ فى هذه الحالة بالمادة ٥٨٦ مدنى فرنسى وحكمها عام وهى التى تقول بتملك المنتفع للثمار المدنية[٣] يوما بيوم . فاذا وضع شخص يده على عقار بحسن نية وكان العقار مؤجراً للغير بمعرفته ، ثم جاء المالك الاصلى وطلب تثبيت ملكيته لهذا العقار قبل حلول قسط الايجار بيوم واحد مثلا ، فلا يجوز لواضع اليد مطالبة المالك الاصلى بنسبة مدة استغلاله ، للعقار وهى المدة التى لم يتقاض فيها قسط الايجار المذكور . والسبب فى عدم الاخذ بالمادة ٥٨٦ مدنى فرنسى هنا أن هذه المادة لا تتعلق الا بالمنتفع ومالك العين فقط . وحق الانتفاع يرمى فى الغالب الى تقرير

---

(١) Fruits extants
(٢) Perception des fruits
(٣) Fruits civils

نفقة للمنتفع . وهذه الحالة تخالف حالة المستغل لعقار ازاء المالك الاصلى لهـذا العقار . لان واضع اليد ليس له فى الاصل حق على الثمار ، الامن وقت الجنى فقط . على أن المادة ٥٤٩ فرنسية المتقدمة ، فى قولها بأنه يجب على واضع اليـد سيئ النية رد الثمار ، انما تفيد أيضاً أن واضع اليـد بحسن نية لا يحتفظ من الثمار الا بالقدر الذى جناه . ولم تبح له المادة حق المطالبة بثمار أخرى

فهل يجوز الاخذ بهـذا الرأى فيما اذا كان واضع اليد حسن النية قد جنى الثمار المدنية مقدما [١] ، بأن استلم قيمة الايجار من المستأجر مقدما [٢] ؟ انه مما لا شك فيه فى هـذه الحالة أن فى الزامه بالرد خسارة كبرى عليه ونقصاً فى ماله الاصلى بقدر ما يرده من المـال . على أن كابتان وكولين [٣] يقولان مع ذلك بجواز الرد وصحته . وحجتهما أن واضع اليد مخطئ هذه المرة فى قبضه للثمار قبل حلول أجلها . وأنه لا محل لمعاملته بطريقة تخالف ما تقرر بالنسبة للمنتفع فى أنه ملزم برد الثمرة التى قبضها مقدما . وانا لانقر رأى كولين وكابتان ونرى عدم صحة مطالبة واضع اليد بحسن نية برد ما قبضه مقدماً من الايجار . لان فى الاخذ هنا بالمقارنة مع المنتفع قياساً مع الفارق . ذلك لان المنتفع اذا ألزم برد ما قبضه مقدماً فانما هو يعلم بأن حقه فى الانتفاع معقود بأجل . وأن ليس له من الغلة الا بالقدر المناسب لمدته . فاذا أخذ أكثر مما يقتضيه زمن الانتفاع وجب رد ما أخذه . وهو يعلم بذلك من قبل . وأما واضع اليد بحسن نية فهو لا يعلم بأن يده مهددة بخطر دعوى توجه اليـه مما يسمى بالمالك الاصلى . لانه لو كان يعلم ذلك وقت وضع اليد لا نقلب فى الحال الى سيئ النية . ولذا يستغل العقار كما يستغله كل مالك لعقاره لا يحوم حوله شك ما . فاذا قبض الغلة مقدما انما يقبضها باعتبارها حقه المقرر له بلا منازع وبلا تحديد أجل

٤٢٠ — الشرط الثانى . حسن النية . فى مقارنة حسن النية فى حالة

(١) Par anticipation (٢) D'avance (٣) ص ٩٣٠

تملك الثمار مع حسن النية في حالة التقادم الخمسي العقاري : حسن النية هنا كما في كل حالة هو غلط [1] واضع اليد وخطأه في أنه قد جهل العيب الذي يشوب يده . ولقد لاحظنا أن المادة ٥٥٠ فرنسي لم تفرق بين الغلط الحاصل في الوقائع [2] وبين الغلط الحاصل بشأن فهم واضع اليد للقانون [3] بل اكتفت بالقول بأن حسن النية يفيد ضرورة وجود سند للتمليك اعتقد واضع اليد صحته. ومن نص المادة ٥٥٠ هذه يظهر أن هناك خلافا كبيراً بين حسن النية هنا وحسن النية المقرر في التقادم الخمسي العقاري المقول به بالمادة ٧٦/ ١٠٢ مدني . ويظهر هذا الخلاف في موضعين

٤٢١ — الموضع الاول . المعنى المقصود من السبب الصحيح : لا يعتبر أن هناك حسن نية بالمعنى المقصود من المادة ٥٥٠ فرنسي الا اذا كان هناك اعتقاد بوجود سبب صحيح . واشتراط السبب الصحيح هو هنا شرط لازم لحسن النية ، أي ركن من الاركان اللازمة لتكوين حسن النية . وأما في حالة التقادم الخمسي العقاري المنصوص عنه بالمادة ٧٦/ ١٠٢ مدني فعلى العكس من ذلك فان وجود السبب الصحيح هو شرط خاص ومتميز عن شرط حسن النية . وعلى ذلك تترتب النتائج النية

١ . — ان السند الباطل يشفع مع ذلك لواضع اليد بحسن نية في تملك الثمار دون أن تكون هناك حاجة الى تمييز العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وهو ذلك التمييز الذي قلنا به في حالة التقادم الخمسي العقاري . وعلى ذلك اذا كان سند التمليك الموجود تحت يد واضع اليد باطلا بطلاناً جوهرياً فان واضع اليد يعتبر برغم ذلك أيضاً حسن النية ، ويجوز له تملك الثمرة ، كما اذا جهل الموهوب اليه مثلا أن عقد الهبة غير رسمي [4]

على أن القضاء الفرنسي يرى ضرورة التفرقة في حالة البطلان المطلق بين

---

(١) Erreur (٢) Erreur de fait (٣) Erreur de droit

(٤) د ، ٧٩ ، ٢ ، ١٤١ — س ، ٨٠ ، ٢ ، ٥

البطلان المتعلق بالنظام العام وغيره . فاذا كان متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز لواضع اليد تملك الثمرة ، أى لا يجوز الاقرار بأى أثر ما لهذا العقد الباطل لمخالفة ذلك للقانون [١]

٢ . — ان العقد التخميني أو الظنى [٢] ، وهو ذلك العقد الذى لا وجود له الا بمخيلة واضع اليد ، يبيح تملك الثمرة عند واضع اليد حسن النية ، مع أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً للتملك بالتقام الخمسى العقارى

هذا ولا بد هنا من الاشارة الى الاختلاف البين فيما يتعلق بالاثبات بين الحالة التى يوجد فيها حقيقة عقد التمليك المكون لحسن النية ، وبين الحالة التى لا يكون فيها لعقد التمليك سوى مجرد الظن والتخمين به . ذلك ان الشارحين قد اعتادوا على القول بأنه لاجل الاخذ بالمادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ فرنسى يجب الرجوع الى المادة ٢٢٦٨ فرنسى فيما قررته هذه الاخيرة بشأن افتراض وجود حسن النية لدى واضع اليد [٣] أى فى مسئلة تملك واضع اليد للثمار يجب اعتبار واضع اليد حسن النية حتى يقوم الدليل العكسى . ولكن يلاحظ على هذه القاعدة انها ليست صحيحة دائماً ، ويظهر عدم صحتها على الاكثر فى حالة ما اذا كانت أمارة حسن النية محصورة فى شرط وجود سند التمليك . وعلى ذلك يجب عمل التفرقة الآتية :

ا . — اذا قال واضع اليد بوجود السند التخميني وكان من نتائج ذلك عدم توافر الشروط المطلوبة للاخذ بالمادة ٥٥٠ فرنسى ، وجب حينئذ على واضع اليد اثبات حسن نيته ، بمعنى أنه يلزم هو وحده باقامة الدليل على أن لديه أسباباً تدعو الى الاعتقاد بوجود سند صحيح

ب . — وأما على عكس ما تقدم اذا وجد سند حقيقى ، وليس سنداً تخمينياً فانه يجب الأخذ فى هذه الحالة بالقاعدة المقررة بالمادة ٢٢٦٨ فرنسى : أى يجب

---

(١) د ، ٦٥ ، ٢ ، ١٤٦ — س ، ٦٥ ، ٢ ، ٢٦٨ (٢) Titre putatif
(٣) د ، ٨٨ ، ١ ، ٢٦٩ — س ، ٧٨ ، ١ ، ٢٢٥ - كابتان ٩٣١

افتراض حسن النية ، حتى ولو فرض بأن السند باطل فانه لا يلزم واضع اليد مع ذلك باثبات غلطه . بل يجب على المدعى ، اذا شاء ، أن يقيم الدليل على أن واضع اليد انما قبض الثمرة وهو يعلم بحقيقة أمره ، أى يعلم بالعيوب المفسدة لعقده [١] ولكن يلاحظ أن لا يؤخذ بذلك الا اذا كان الغلط خاصاً بالوقائع . وأما اذا ادعى واضع اليد بغلط يتعلق بالقانون فانه يلزم هو فى هذه الحالة باقامة الدليل على هذا الغلط فى القانون : اذ يجب على كل فرد الالمام بالقانون (المادة ٢٩ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية) .

٤٣٢ — الموضع الثانى . وقت وجود حسن النية : رأينا أنه فى حالة التقادم الخمسى العقارى يجب أن يكون حسن النية موجوداً وقت البدء فى وضع اليد . أما فى حالة تملك الثمار فانه يجب أن يظل حسن النية موجوداً فى كل وقت يحصل فيه قبض الثمار أى جنيها . ومن ذلك تترتب النتائج الآتية :

١ . — اذا اصبح واضع اليد غير حسن النية فانه مع ذلك يستمر فى طريق التملك بالتقادم الخمسى العقارى . ولكنه يمنع من تملك الثمار (المادة ٥٥٠ فرنسى فقرة ٢ وحكمها عام) وهذا مطابق تمام المطابقة للاسباب التى دعت الى تقرير القاعدة المقررة بهذه المادة ٥٥٠ فرنسى . لان واضع اليد اذا علم اثناء وضع يده بأن الشيء ليس مملوكاً لمن ملكه له فانه يصبح هذه المرة مخطئاً فيما اذا استهلك الثمار وصرف ريع الشيء المملوك للغير [٢]

أما معرفة الوقت الذى يصبح فيه واضع اليد سيىء النية فيرجع الى وقائع الدعوى ، وهى مسئلة موضوعية لا قانونية . على أن هناك حالة يصح فيها القول بسوء نية واضع اليد من وقت رفع الدعوى عليه من المالك [٣] وانا نرى مع كابتان وكولين أن هناك غلواً أو اغراقاً فى تقرير هذه القاعدة الاخيرة . نعم انه فى الغالب اذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى على واضع اليد وأصبح هذا الاخير عالماً

---

(١) د ٧٣ ، ١ ، ٥٧ (٢) كابنان ٩٣٢ (٣) د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٣٧٧ — س ، ١٩٠٩ ، ١ ، ٣٢٤ ، مرجع س ٤٩٨ ن ١٩٣٣ وص ٤٩٩ ن ١٩٣٥ ن ١٩٣٩ و ١٩٤١

بحقيقة يده ، وجب اعتباره وقتئــذ من وقت علمه بالدعوى سيىء النية . ولـكن يحصل أن الامر لا يقع بمثل هذه الحالة الغالبة . لانه يجوز أن يعتبر واضع اليد ان رفع الدعوى عليه انمـا هو من قبيــل التعرض له فى وضع يده ، وأنه يظل فى عقيدته الاولى بأن يده يد صحيحة لا تشوبها شائبة ، وأنه بنــاء على ذلك يتوافر فيه شرط حسن النية المقصود بالمادة ٥٤٩ مدنى [1]

ويرى كابتان انه اذا صح القول بالزام واضع اليد برد الثمار من وقت رفع الدعوى عليه ، فان هذا الالتزام لا يرجع الى سوء النية ولا يفسر به . انمـا يرجع ويفسر بالاثر الرجعى المقرر للاحكام ، باعتبار أن الاحكام مظهرة للحق لامثبتة له

٢ . — فى حالة تملك الثمار يجب حصر تقدير حسن النــية فى شخص واضع اليد الحاضر . ولا محل للاخذ بنظرية الضم فى وضع اليد المعروفة فى حالة التقادم. فاذا مات واضع يد سيىء النية ثم جاء وارثه من بعده وهو حسن النية تملك هذا الوارث الثمار . وعلى العكس من ذلك اذا كان الوارث سيىء النية فانه لا يتملك الثمار سواء كان مورثه حسن النية أو سيئها . انما له فقط أن يحتفظ بالثمار التى قبضها مورثه وجناها فى حياته [2]

فى المسوغ القانونى

لقاعدة تملك الثمار بمعرفة واضع اليد حسن النية

٤٢٣ — قام مذهب فى عهد ظهور قانون نابليون يقول بأن المسوغ القانونى لتملك الثمار بمعرفة واضع اليد حسن النية انما يرجع للقاعدة الشهيرة فى «أن الحيازة سند الملكية فى المنقولات» ، وهى القاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨

(١) والقضاء المصرى يقول بالزام واضع اليد برد الثمرة من تاريخ رفع الدعوى بدون بحث فيما اذا كان واضع اليد حسن النية أثناء الخصومة أم لم يكن كذلك : استئناف ٢٧ اكتوبر سنة ٩١٤ ش ٢ ص ٨٣ عدد ٧٩ ، مرجع ص ٤٩٩ ن ١٩٣٧ . ولا نقر هذا القضاء

(٢) د ، ٧٦ ، ٢ ، ٩٢ — س ٧٤ ، ٢ ، ٢٨٩ — كابتان ص ٩٣٢

مدنى و٢٢٧٩ فرنسى . وذلك لانه عند فصل الثمرة عن العقار فانها تصبح منقولا وتصبح فى الحال ملكا لجانيها بمجرد وضع يده عليها

٤٢٤ — ولكن هذه النظرية غير صحيحة. لان المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مصرى و ٢٢٧٩ فرنسى انما تتعلق بالمالك فى علاقته مع واضع اليد عن منقول مادى وفى دعوى تثبيت الملكية المرفوعة من المالك الاصلى على واضع اليد بشأن ذلك المنقول وفى المطالبة به دون غيره . وأما فى حالة تملك الثمار فان الدعوى الاصلية منصبة على العقار ، وتتأثر بها حتما الثمار باعتبارها تبعاً لهذا العقار . وعلى ذلك يعتبر تأثر الثمار بدعوى الملكية الاصلية بشأن العقار خارجا بالمرة عن مجال الاخذ بالمواد ٦٠٧ و٦٠٨ مصرى و ٢٢٧٩ فرنسى . والدليل على ذلك أن القاعدة الرومانية القائلة بتمليك الثمار لواضع اليد آتية من القانون الرومانى . ولذا لا يجوز ربط هذه القاعدة الرومانية بالقاعدة المعروفة فى أن « الحيازة سند الملكية فى المنقول » وعلى الاخص اذا لاحظنا أن هذه القاعدة الاخيرة انما قال بها القضاء الفرنسى فقط بين القرن السابع عشر والثامن عشر . أما الحقيقة فهى ما سبق أن قررناها من قبل وهى أن القاعدة المقررة بالمادتين ٥٤٩ و٥٥٠ فرنسى انما هى نتيجة قد قررها القانون لوضع اليد المصحوب بحسن نية ورجع فى تقريره الى أسباب تبررها العدالة. ذلك لانه اذا أكره واضع اليد حسن النية على رد الثمار التى أخذها واستهلكها فى شؤونه ، وترتب على ذلك نقص فى ماله الخاص لكان واضع اليد هو الآخر فى حل من الرجوع على المالك ومطالبته بتعويض نظير اهماله وما ترتب عليه من الخسارة التى لحقت به أى بواضع اليد . لذا وجب منع المالك من رفع دعوى المطالبة بالثمار المستهلكة أو المفروض أنها مستهلكة [1]

٤٢٥ — ويترتب على ما تقدم النتائج الآتية :

١ — اذا قيل بالمذهب الاول وقيل بأنه يرجع فى تبرير المادتين ٥٤٩ و٥٥٠ فرنسى الى المادة ٢٢٧٩ فرنسى المقابلة للمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مصرى لترتب على

(١) كابتان ٩٣٣

ذلك أن القاعدة المقررة بالمادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ تتمشى على جميع المحصولات [١] التى تخرج من الشىء ، سواء كانت ثماراً بالمعنى الصحيح أو غير ذلك مادام أنها كلها منقول . أما اذا أخذنا بمذهب كابتان وكولين فانه لا يقضى لواضع اليد حسن النيـة الا بالثمار الحقيقية سواء كانت مدنية أو طبيعية ، وما يلحق بها كمستخرجات المحاجر وغير ذلك . وتعليل ذلك أن هـذه الثمار العادية مدنية كانت أو طبيعية انما هى ثمار تصرف فى شئون واضع اليد كلما قبضها وحصل عليهـا بالجنى . وعلى العكس من ذلك فى شأن الثمار الاخرى فانها مستخرجات غير عادية كأحجار المحاجر وهى غير المنتظمة ، ولذا يلزم واضع اليد بردها لانها تعتبر من أصل رأس المال لا من ثمراته فاذا جناها واستهلكها اعتبر مخطئاً . ولا يلوم الا نفسه فيما اذا ردها من أصل ماله هو [٢]

٢ — اذا قيل بأن القاعدة المقررة بالمادة ٥٤٩ مدنى هى نتيجة للمادة ٢٢٧٩ فرنسى المقابلة للمادة ٦٠٧و٦٠٨ مصرى لترتب على ذلك أن حسن النية المنوه عنه بها (أى بالمادة ٥٤٩) يجب أن يخضع لاحكام حسن النية المنوه عنه بالمادة ٢٢٧٩ أى يكون خاصاً وخاصاً فقط بالغلط الحاصل بشأن وجود حق الملكية لدى المملك لواضع اليد . أما اذا قلنا بأن المادة ٥٤٩ مادة عامة لا تخضع فى أحكامها للمادة ٢٢٧٩ لكان تقدير حسن النية المقرر بها أوسع بكثير من هذه الدائرة الضيقة المنوه عنها بالمادة ٢٢٧٩ . فلا يقف التقدير فيه عند العيب الذى شاب عقـد التمليك فقط بل يذهب التقدير الى غير ذلك أيضاً . مثـلا اذا اشترى شخص عقاراً من قاصر واعتقد أنه بالغ جاز له الاستعانة بالمادة ٥٤٩ فرنسى لاجل التمسك بتملك الثمار وعدم ردها للقاصر ، يفعل ذلك كما يفعله المشترى لعقار من غير مالك [٣] فيما اذا اعتقد بأنه يشترى من مالك . وفى الواقع فان كلا منهمـا معذور فى استهلاكه لثمار العقار ومن الظلم البين اكراههما على ردها . على أن المادة ٥٤٩ تقول من طريق آخر بان المشترى يعتبر حسن النية اذا اشترى بعقد

(١) Produits (٢) د ، ٩٧ ، ٢ ، ٤٥٧ (٣) A non domino

ناقل للملكية « وكان يجهل عيوب العقد » مهما كان نوع هذه العيوب. أى أن المادة لم تميز العيوب من بعضها البعض [١]

٣ . — اذا كانت المادة ٥٤٩ نتيجة للمادة ٢٢٧٩ لوجب الاخذ بها فقط فى المحال الخاص بالمادة ٢٢٧٩ أى فى حالة رفع دعوى الملكية الحقيقية من المالك الحقيقى [٢] على واضع اليد . ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يؤخذ بالقاعدة المقررة بالمادة ٥٤٩ فيما اذا رفع المالك الاصلى دعوى خلاف دعوى الملكية كأن رفع الدعوى الشخصية مثلا الخاصة بطلب الحكم ببطلان عقد التمليك الموجود تحت يد واضع اليد أو برفع دعوى رد المأخوذ بلا حق [٣] أما اذا أخذنا بمذهب كابتان فانه لا محل لهذه التفرقة بين دعوى الملكية والدعاوى الشخصية. الا اذا وجدت نصوص تقول بها . وعلى ذلك اذا وجدت الدعوى وتعلقت بطلب العقار وثماره ثم راعينا أسباب العدالة التى ذكرناها من حيث ما يقع فيه واضع اليد من العوز اذا أكره على رد الثمار المستهلكة ، وجب حينئذ ان لا يلزم واضع اليد برد الثمار. سواء كانت الدعوى شخصية أو دعوى الملكية [٤] هذا ويمكن الاستعانة بالمادة ١٤٦ / ٢٠٧ مدنى و ١٣٤٧ فى تأييد هذا المذهب . اذ تقول هذه المادة بأنه فى حالة طلب رد شىء سبق الوفاء به بغير حق وهى دعوى شخصية حتما لانها نتيجة شبه عقد ناشئ عن الوفاء بما لا يستحق الوفاء به . فى هذه الحالة لا يلزم المدفوع اليه [٥] برد الفوائد والثمار الا من وقت ظهور سوء النية [٦]

على انه توجد فروق مع ذلك بين دعوى الملكية والدعوى الشخصية بالرد من حيث النتائج القانونية المترتبة عليهما . وهى أن ورثة الملتزم باعتباره مدينا وملتزماً برد الشىء ملزمون هم الآخرون برد الثمار اذا كان مورثهم سيئ النية حتى

---

(١) س ، ٤٠ ، ١ ، ٦٦٨ — كابتان ص ٩٣٤ (٢) Verus dominus
(٣) Action de la répétition de l'indû (٤) د ، ٩٠٨ ، ١ . ٣٧٧ — س ، ٩٠٩ ، ١ ، ٣٢٤ — كابتان ٩٣٤ (٥) Accipiens (٦) د ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢١٥ — س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢٦٤

ولو كانوا هم شخصياً حسنى النيــة [1] . أما تقرير هذا الالتزام بذمة الورثة فهو لايرجع الى نظرية الضم فى وضع اليد ، انمــا يرجع الى أنهم ملزمون بالوفاء من التركة بالديون المطلوبة منها

٤ . — تكفى هنا الاشارة الى ما سبق أن قررناه بشأن قبض الثمار مقــدماً بمعرفة واضع اليد . اذ قررنا على عكس ماقرره كابتان وكولين بأنه لايجوز مطالبة واضع اليد برد هذه الثمار المقبوضة ، لانه لايعتبر بأنه مخطىء على خلاف ما حققه الشارحان المذكوران . ويقرر هذان الاخيران بأنه اذا قيل بأن المــادة ٥٤٩ ترجع فى أحكامها الى المادة ٢٢٧٩ مدنى لترتب على ذلك عدم الزام واضع اليد برد هذه الثمرة المقبوضة مقدماً . وهما يقولان فى ذلك ان الثمار تعتبر منقولا ومتى كانت منقولا فتسرى عليها المــادة ٢٢٧٩ . ولعلنا لم ننس بعد ما قررناه نحن فى هــذا الشأن بأننا لم نرجع فى تقرير القاعدة التى قلنا بها والتى خالفنا فيها كابتان وكولين الى المادة ٢٢٧٩ لاننا لم نقل بذلك مطلقاً ، وانما رجعنا الى نفس التعليل القانونى وأسباب العدالة الصارخة بشأن الزام واضع اليد برد ثمــار يعتقد وقت قبضها أنها ثمرة عقاره المملوك له بسند مملك له .

---

(١) د ، ٦٥ ، ١ ، ٢٧٣ — س ، ٦٥ ، ١ ، ٢٥٠ — كابتان ص ٩٣٤

في الهبة

١) كلمة عامة

٤٢٦ — الهبة[١] تمليك المال فى الحال بلاعوض وهى تشبه عارية الاستعمال من حيث التبرع . والهبة خارجة عن القضاء الاهلى والمختلط وهى تابعة للقضاء الشرعى (المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية . — أنظر أيضاً المواد ٤ و٥ مدنى مختلط) باعتبارها عملا من الاعمال القانونية الخاضعة لاحكام الشريعة الاسلامية . الا انه لما كان للهبة شأن ظاهر فى مجال المعاملات بين الافراد رأى الشارع ضرورة تقرير أحكام خاصة بها ترجع لشكلها وكيفية انعقادها وبيان الروابط التى تحميها بحقوق الدائنين . ورجع فى ذلك كله الى ما تأثر به الشارع المصرى من الاصول المقررة فى بعض الشرائع الاخرى من حيث الشكل وغيره

٢) أركان الهبة

٤٢٧ — يجب ان يكون فى الهبة واهب[٢] وموهوب له[٣] ومحل للهبة . والهبة عقد لابد فيه من ايجاب وقبول . ويجب ان يكونا حاصلين بعقد رسمى

فى الواهب : يجب فيه أن يكون أهلا للتبرع . وأن يكون مالكا للموهوب . وما القول فيما اذا كان الموهوب غير مملوك للواهب ؟ فهل تبطل الهبة ، كما يبطل بيع ملك الغير بالمادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى ؟ ان البطلان فى البيع بالمادة ٢٦٤ لم يكن مطلقاً بل هو بطلان نسبى ، اذ أجاز القانون بالفقرة الاخيرة لهذه المادة الحق للمالك الاصلى فى اجازة البيع (وهذا الرأى هو ثالث الآراء الثلاثة التى فسرت بها المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ٢٦٤ مصرى . اذ قال رأى بأن البطلان المقصود انما هو فسخ للعقد لاستحالة تنفيذه . وقال رأى ثان بأنه بطلان مطلق)

---

(١) Donation (٢) Donateur (٣) Donataire

اذا علم ذلك فهل تعتبر الهبة باطلة بطلانا نسبياً اذا انصبت على شيء غير مملوك للواهب ، أخذاً بالقياس بالمـادة ٦٢٤ مدنى ؟ يقول دى هلس بالسلب ويقول بأن البطلان مطلق لا تصححه اجازة المالك الحقيقي . فاذا أراد هذا الاخير الهبـة فما عليه الا أن يجريها بشكلها القانونى الرسمى أى عمل عقـد آخر صادر منه هذه المرة [1] . ولكن لمـاذا لا يقال بأن البطلان نسبى أيضاً تلحقه الاجازة من المالك الحقيقى ، وأنه لا بد فى الاجازة أن تكون بعقد رسمى ؟ أليس الافضـل الاخذ بالقياس بالمادة ٢٦٤ ؟

ولا تصح هبة الولى والوصى فى مال الصغير . وحكم هبة المريض مرض الموت حكم الوصية

فى الموهوب له : يجب فيه أن يكون موجوداً تحقيقاً وقت الهبـة . فاذا ولد الموهوب له بعد الهبة فلا هبة . أما اذا حصلت الهبة ومات الموهوب له قبل قبوله للهبة جاز لورثته أو لوصيهم ابداء الرغبة فى القبول (المادة ٥١/٧٣ مدنى)

فى محل الهبة : تجوز الهبة فى العقار والمنقول والحقوق ، والاشياء التى يجوز التعامل فيها قانوناً . فلا يجوز هبـة المساجد والجوامع لانها وقف بطبيعته كما يقولون . وتصح الهبة بعوض لمصلحة الواهب أو للغير

٣) شكل عقد الهبة

٤٢٨ — يجب ان يكون عقد الهبة رسمياً الا اذا أفرغت فى قالب عقد آخر (المادة ٤٨/٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى . وصيغة المـادة صيغة معيبة) والا كانت باطلة . والبطلان مطلق يتعلق بالنظام العام ويجب ان يحكم به القاضى من نفسه ولا تنعقد الهبة بمجرد الايجاب والقبول بل يجب ان يكون كل منهما حاصلا بعقد رسمى . فاذا حصـل أحدهما بعقد رسمى والآخر بعـقد عرفى لا تنعقد الهبة . وعقد الهبة من العقود الخاضعة للاوضاع الشكلية ، والتى بدونها لا ينعقد العقد

(١) دى هلس ج ٢ ص ١٠ ن ١٢٠

وهى على ذلك عقد رومانى النزعة . وعقد الهبة العرفى لايصلح ان يكون سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسى [١] لان السبب الصحيح كما نعلم عقد قانونى صحيح فى جوهره وقيوده القانونية ، ولم يشبه الا شائبة جهل صاحبه بملكية المملك له وهذه شائبة موضوعية لاقانونية

على أنه تصح الهبة بعقد عرفى فى الاحوال الآتية : (١) الهبة المستترة [٢] وهى التى تقع فى صورة عقد آخر كالبيع . — (٢) الهبة الخفية وهى ترك الحق والتنازل عنه [٣] — (٣) هبة المنقول اذا حصل تسليمه فعلا (المادة ٤٨ مدنى) واذا تأجل التسليم وجبت الرسمية

٤٢٩ — الخلاف فى الشكل حول الهبة المستترة [٤] : اذا اشتمت رائحة الهبة من العقد الساتر للهبة كأن وهب البائع الثمن فى عقد البيع أو ترك حق المطالبة به فى نفس العقد ، قال رأى بصحة الهبة وهى بعقد عرفى باعتبارها مفرغة فى قالب عقد آخر . وقال رأى آخر بعدم صحتها لانها لم تعمل بعقد رسمى . وفصلت فى الخلاف الدوائر المجتمعة الاهلية بحكم فى أول مايو سنة ١٩٢٢ [٥] ونرى اثبات أسباب الحكم هنا لانها تناولت حجج الرأيين . قالت الدوائر المجتمعة .

« حيث ان الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من القانون المدنى نصت على مايأتى :

« انما اذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موضوعا بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمى والا كانت الهبة لاغية »

« وحيث ان هذا النص صريح فى ان القانون قرر حالتين . حالة الهبة الظاهرة فأوجب ان تكون بعقد رسمى والا كانت لاغية ، وحالة الهبة المستترة بستار عقد آخر وهذه أجاز فيها أن تكون بعقد عرفى

« وحيث ان النص على هذه الحالة الاخيرة من حيث اجازتها بحكم القانون

---

(١) استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ش ٢٧٣ رقم ٢٩٤

(٢) Donations déguisée (٣) Abandon d'un droit

(٤) أنظر مجلة مصر المدنية المجلة ٦ سنة ٩١٥ — ص ١١٩ — ١٢١ (٥) م ر ١، ٢٣ ص ٦٨ رقم ٤٢ — المحاماة ٢ ص ٤٧٣ رقم ١٦٠ — المحاماة ٣ ص ١ رقم ١

لاشبيه له فى الواقع فى سائر القوانين الاخرى . وانما استمده الشارع المصرى من المنهج الذى سار عليه القضاء الفرنسى واتبعه فى أحكامه . أما سائر القوانين الاوروبية فهى اما ان تنص على ضرورة حصول الهبة بعقد رسمى سواء فى المنقول أو العقار كالقانون الفرنسى نفسه والقانونين الطليانى والالمانى ، واما ان تقصر رسمية العقد على العقار دون المنقول كقانون أسبانيا وسويسرا وقانون البرتغال الذى لايشترطها الا فى عقار زادت قيمته عن حد معين من الثمن (٦٠ جنيه تقريباً) واما ان تطلقها من كل قيد شكلى أو تقيدها بمجرد محرر عرفى كقانون انكلترا والنمسا [١] .

« وحيث انه يستخلص من ذلك ان أغلبية الشرائع الاوروبية أيا كانت البواعث لها قيدت حكم الهبة وجعلتها من عقود العلانية ، ولم تتركها كسائر العقود تتم بمجرد التراضى بحيث لاتكون الكتابة لازمة فيها الا لمجرد الاثبات لا كشرط من شروط الصحة .

« وحيث ان قيد العلانية هذا فى الهبة باعتباره شرط صحة لها لم يكن معروفا فى الديار المصرية وقت وضع القوانين ، لان الشريعة المتبعة حينئذ وهى الشريعة الاسلامية لاتقضى فيها تفريقاً عن باقى العقود . وأركان الهبة فى الشريعة الاسلامية هى الايجاب والقبول ككل العقود . ولا يشترط للايجاب لفظ مخصوص بل كل ما دل على تعيين الهبة صحت به . فاذا قال شخص لآخر وهبتك هذا الشيء أو ملكته لك بدون مقابل أو جعلته لك، وما فى معنى هذه الالفاظ ، كان كل ذلك هبة . والقبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل والقبض . فيستفاد من ذلك ان الشريعة لم تشترط شكلا مخصوصاً [٢]

« وحيث يستفاد من هاته المقارنة ان الشارع المصرى وجد امامه حالة اطلاق واباحة فى الشريعة الاسلامية جرى الناس على معاملاتهم بحسبها . ولا تبطل الهبات ان لم تحصل بعقد رسمى . وحالة ألفها الفرنج وهى علانية الهبات . فلما وضع

(١) انظر كواين وكابتان ج ٣ ص ٧٦١

(٢) راجع شرح الشيخ زيد بك للاحوال الشخصية ج ٢ ص ٢٣١

قانونه (ويلاحظ انه وضع القانون المختاط أولا) اضطر ان يختط طريقاً وسطاً ، لأن الفريقين سيلتقيان فى المعاملات ، فاختار الطريق الذى أجازه القضاء الفرنسى وهو ستر الهبات بستار العقود الاخرى ، لان الناس تعاملوا به فى فرنسا بالرغم من نص قانونهم ، وهو أمر شائع هنا وعلى الأخص صبغ الهبات بصبغة البيوع وشرع جوازه فى القانون بنص صريح

« وحيث أنه متى كان الامر منصوصاً عليه فى القانون وجب العمل به . فاذا أبهم الامر فى مدلوله ومواده فلتطبيقه تطبيقاً صحيحاً يجب الرجوع فى تفهم ذلك لمصدره ، خصوصاً متى كان معلوماً

« وحيث انه يتعين الملاحظة بأنه من أهم البواعث للمحاكم فى فرنسا على اقرار الهبات المستترة مع أنها قد تعمل هرباً من الرسوم مراعاة لمصلحة الغير ممن يتعاملون مع المشترى بعقد هبة موصوف بأنه بيع فى الظاهر، فقد لا يتأتى للاجنبى عن هذا العقد الناطقة ظواهره بأنه عقد بيع وهو يتعامل مع ذى الشأن فيه ، أن يتعرف حقيقته فيدرك أنه فى الواقع عقد تبرع . فلما رأى القضاء الفرنسى أنه اذا أبطل هذه العقود أخذاً بحرفية النص تعرضت صوالح الناس للمخاطر وآلت أموالهم للضياع ، والحال أن حسن نيتهم لا غبار عليه ، اضطر لاجازتها والحكم بصحتها اتقاء لهذه المضار ، واجتهد لتسويغها بما استنبطه من مفهوم ومدلول بعض مواد القانون الفرنسى [١]

« وحيث انه يجب الرجوع حينئذ لقضاء تلك المحاكم وأقوال الشراح لمعرفة أنواع الهبات المستترة التى يقصدونها ، فذلك أوثق فى الوقوف على غرض الشارع المصرى الذى اقتبس عنهم حكمه

« وحيث ان القضاء الفرنسى جرى على مراعاة أمرين فى جواز الهبة المستترة وهى أن تكون من حيث الشكل فى صورة عقد بعوض ، ومن حيث الموضوع منطوية على تبرع ، فاستخلص الشراح من ذلك ضرورة ثلاثة شروط وهى : أولا

(١) انظر بودرى لاكنتنرى ج ٢ ص ٣٣٩

أن يكون ظاهر الهبة المستترة عقداً ذا عوض . ثانياً أن يراعى ويحترم الشكل الذى يستلزمه القانون لصحة عقد المعاوضة الساتر لها . ثالثاً أن تجرى فيها أحكام الهبة الصريحة من حيث الموضوع . فمتى توافرت هذه الشروط كانت الهبة المستترة جائزة ومعفاة من حكم الهبة الظاهرة المشترط فيها رسمية العقد ، وحينئذ يكون العقد العرفى فيها كافياً (١)

وحيث انه يترتب على ذلك أنه اذا كان عقد الهبة المستترة لم يكن فى ظاهره عقداً ذا عوض ، بأن كان ظاهره كاشفاً لنية التبرع أو دالا عليها ، كانت الهبة باطلة لانها لم تحصل بعقد رسمى . اذ العقد الدال على نية التبرع هو عقد هبة صريحة ويجب حينئذ أن يحصل علانية طبقاً لحكم القانون

« وحيث ان الشراح والمحاكم جروا على ضرورة مراعاة ذلك فى سائر العقود الأخرى التى قد يلجأ اليها لستر الهبة غير البيع ، فقالوا ببطلانها كلما كانت غير مستوفاة لشرائطها القانونية ، مثال ذلك أنه حكم بابطال سند صادر من والدين لابنتهما ختم بعبارة « والنتيجة هى فرق المهر » وصرحوا بأنه لو نص القانون على اجراءات خاصة بتحرير العقد الساتر للهبة وجبت مراعاتها كحالة الهبة المستورة فى صورة اعتراف بالدين فاستلزموا أن الاعتراف بالدين يجب أن يكون حاصلا طبقاً لنص المادة ١٣٢٦ من القانون الفرنسى التى تقضى بأن يحرر العقد بأكمله بخطه . فاذا اكتفى بامضائه وجب أن يحرر بخطه قيمة المبلغ أو الشىء المعترف به بالاحرف الكتابية . واذا أراد المتبرع أن يهب ديناً له بسند تحت الاذن وجب أن يكون السند قابلا بطبيعته للتحويل وأن يكون التحويل صحيحاً (٢)

« وحيث انه فيما يتعلق بستر الهبة فى صورة بيع تشددت بعض المحاكم فى فرنسا الى حد أن تبطل العقد اذا كان الثمن المذكور به غير جدى أى غير متناسب مع قيمة المبيع ، ثم عدلوا عن هذا المبدأ الذى انتقده الشراح وذلك لان المقصود استيفاء شروط البيع شكلا لا حقيقة ، ولكنهم مجمعون على ضرورة

(١) راجع كولين وكابتان ج ٣ ص ٧٧٠ (٢) راجع كولين وكابتان ج ٣ ص ٧٧٠

استيفاء جميع أركان البيع القانونية، أى ذكر الثمن فى العقد ثم الاعتراف بقبضه، لا التقرير بالابراء منه أو هبته

« وحيث أنه فى الواقع اتفق جميع الشراح بصدد شرح أركان البيع على أن الثمن الذى يبرىء البائع المشترى منه فى نفس العقد أو يهبه له لا يعتبر ثمنا، لان الهبة أو الابراء فى الحال لا تجعل المشترى مدينا بالثمن الذى يكون ذكره صورياً لا حقيقياً. اذ المشترى لم يصر لحظة من اللحظات مديناً به. وقالوا ان مثل هذا العقد لا يعد بيعا لعدم وجود المقابل لنقل الملك، وانما يعد هبة محضة تجرى فيه أحكامها، ولا تصح الا اذا كانت بعقد رسمى

« وحيث انه يترتب على ذلك أن الهبة المستترة فى صورة البيع لا تكون جائزة الا اذا كان العقد جامعا فى الظاهر لاركان البيع اللازمة لانعقاده. أى مذكور فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، مثله فى ذلك مثل العقود الاخرى الساترة للهبة، فاذا كانت نية الهبة ظاهرة فمن الخطأ تسميتها هبة مستترة لان الهبة مستبينة من نص العقد

« وحيث ان هذا الرأى هو المعقول لانه يتأتى أن يترتب على العقد الذى لم ينعقد ولم يتكون لفقد أحد أركانه كالبيع المبرأ والموهوب فيه الثمن نتائج تجعله صحيحا وقائما بصفته عقداً آخر ساتر للهبة

« وحيث فى الواقع أن ذكر الثمن فى عقد ثم هبته فى الحال أو الابراء منه يدل كل مطلع أجنبياً عنه أو غير أجنبى أنه عقد تبرع، فوجب حينئذ اعتبار مثل هذه العقود عقود هبة صريحة غير موصوفة بصفة عقد آخر، ولزم حينئذ تحريرها بعقد رسمى، خصوصاً وأنه لا حاجة هنا لحماية الاجنبى لانه فى وسعه أن يقف على قيمة العقد وأن يتدارك ما عساه يحيق به من الضرر اذا تعامل مع صاحبه

« وحيث أن معنى ذلك كما قرر الشراح أنه يجب فى جميع الاحوال أن يكون اخفاء الهبة اخفاء تاماً، فاذا تيسر بمجرد الاطلاع معرفة حقيقة العقد كان باطلا

ووجب اعتباره عقد هبة [١] . وقد لخص بودرى رأى القضاء الفرنسى قائلاأن مبدأه الثابتأن الهبة المستترة فى شكل عقد معاوضة صحيحة بصرف النظرعن العلانية التى يحتمها القانون بشرط أن يكونالعقد الساتر للهبة مستوفياً للشرائط اللازمة لاتمامه [٢]

« وحيث أن ما ذهبت اليه بعض المحاكم من تصحيح هـذه العقود على اعتبـار أن هبة الثمن جائزة لانه منقول معترض عليها من وجوه عدة ، اذ من المسلم به أن العقد فى ذاته وحقيقته هبة بغير مقابل ، أى لا ثمن لها فى الواقع ، وحينئذ يكون الثمن معدوما ، وهبة المعدوم باطلة شرعا وقانوناً لانعدام محلها . ومن جهة أخرى قد فاتهم أن هبة المنقول اما أن يكون قد أجازوها بنـاء على العقد المطعون فيه وهى عقد عرفى فتكون باطلة ، لان مادة ٤٨ من القـانون المدنى صريحة فى وجوب حصول هبة المنقول بعقـد رسمى أيضاً ، أو أجازوها على اعتبار أنها هبة يدوية وهى لا تصح الا اذا وقعت بتسليم وتسلم فعليين عملا بنص المادة ٤٩ من القانون المدنى . ولا يتأتى ذلك هنا لانه لا ثمن فى الواقع . فاذا تبين من ذلك أن هبة الثمنباطلة كان البيع باطلا أيضاً لنقصأحد أركانهوالباطل لا يصحح بعقد آخر

« وحيث أنه فضلا عن ذلك فالقول بهبة الثمن المذكور فى العقد تسليم بأن البيع غير منعقد ، وحينئذ يبقى نص المـادة القاضى باجازة الاخفاء اذا كانت موصوفة بصفة عقد آخر منطبقاً ، لانه لا عقد

« وحيث أن بعض الاحكام ذهبت الى تسويغ ذلك قولا بأن المقصود بنص المادة ٤٨هى أحكامالشريعة الاسلامية ، وهى تجيز الهبة بلا عقد ، وهواستنتاج غير صحيح لوضوح أن هذا النص مأخوذ عن أحكام المحاكم الفرنسية ، ولان الشريعة الاسلامية لا تعتبر عقداً كهذا عقد بيع بل تعتبره عقد هبة ، اذ العبرة

---

(١) راجع بلانيول ج ٣ ص ٦١٨ وكابتان ج ٣ ص ٧٧٠ (٢) راجع بودرى ج ٢ ص ٣٣٩

عند الشرعيين ليست بالالفاظ والمبانى بل بالمقاصد والمعانى . فكل بيع ذكرت فيه هبة الثمن أو الابراء منه هو بيع باطل . فقدجاء بابن عابدين ما يأتى «وبطل بيع صرح بنفى الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال » [1] وقالوا ان كل لفظ ينبئ عن معنى التمليك بلا مقابل يكون هبة . فقوله ملكته لك بدون مقابل أو فى معناه هبة لان لفظ ملكت وان كان محتملا للهبة ولغيرها مثل البيع الا أن قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفى غير الهبة . وهذا بلا جدال يساوى قوله بعت وأبرأت من الثمن [2]

«وحيث انه يلاحظ ان أحكام الشريعة الاسلامية بشأن الهبة لا تخالف غالبية الشرائع الاجنبية الا من حيث عدم اشتراط ثبوتها بالكتابة حتى ان هبة الدين لا تصح الا اذا كان الدين قائما

« وحيث أن القول بأنه لا يصح نقض تصرف من كان صريحا فى عمله فى حين اجازته لو كان أخفى غرضه مردود بأن المسألة هنا مسألة نص قانونى ، على أن الواقع أن الواهب لم يكن صريحاً فى عمله ، فقد أراد التحايل ولكنه ضل الطريق ، فلم يعرف كيف يستوفى شرائط العقد الذى التجأ اليه ليتخذه حيلة وكان فى الواقع يقوم مقام هبة الثمن اعترافه بقبضه ليصح عقده

« وحيث أنه يستفاد من كل ذلك أن الاجماع هو أن مثل هذا العقد الذى تحصل هبة الثمن فيه أو الابراء منه لا يعتبر بيعاً بل يعتبر هبة محضة » . اه الحكم

٤٣٠ — فى الهبة المخفية : هى ما تقع فى صورة التنازل أو الترك كاعطاء مخالصة بدين أو التنازل عن حق ارتفاق وهكذا . وهى تصح دون اشتراط رضاء الموهوب له على الرأى الارجح اذ تعتبر عملا قانونيا من طرف واحد [3] وتصح

---

(١) راجع ابن عابدين ص ١١٠ ج ٤ (٢) راجع شرح الاحوال الشخصية للشيخ زيد بك ص ٢٣١ ج ٢ (٣) م ت ق ٢٦ ، ١٨ اخذاً بأحكام الشريعة الاسلامية — انظر عكس ذلك بارد فى مجموعة بودرى المطولة ن ١٧٦٧

أيضا دون أن تكون رسمية (1)

٤٣١ — الهبة اليدوية : الهبة اليدوية (2) كما يدل عليها اسمها تحصل بالتسليم الفعلى عن منقول قابل للتسليم . وهى تتم به دون حاجة لعقد رسمى (المادة ٤٩ مدنى) وهى هبة لا بد فيها من شروط الهبة الحقيقية . ويستفيد الموهوب له من قاعدة حيازة المنقول سند تمليكه ، وعلى الغير الذى يدعى ملكيته للمنقول اثبات ذلك بالقيود القانونية المعروفة فى حيازة المنقول

٤٣٢ — الهبة المعلقة على شرط : هى صحيحة سواء كان الشرط توقيفيا أو فاسخاً لا اراديا محضا (3) ويؤخذ هنا بالاحكام المعروفة فى الشرط وآثاره الرجعية (المواد ١٠٤ و١٠٥ مدنى) وللموهوب له اتخاذ الاجراءات التحفظية قطعاً للتقادم وله تجديد القيد . واذا كان الشرط مستحيلا (4) أو مخالفاً للآداب العامة (5) بطل الشرط وصحت الهبة ، الا اذا كان الشرط هو الباعث الاساسى للهبة فتبطل الهبة أيضاً (6)

٤) فى آثار الهبة على العاقدين وعلى الغير

٤٣٣ — الهبة عقد كبقية العقود خاضعة لايجاب وقبول . انما لا بد فيهما ان يكونا حاصلين بشكل رسمى . ولا يكفى حصول الايجاب رسمياً دون القبول . ولا يشترط ان يكونا حاصلين بعقد واحد . واذا مات الموهوب له قبل القبول صح للورثة أو للوصى عليهم ان كانوا قصراً حق القبول بالنيابة عنهم . (المادة ٥١ مدنى) ويجب أيضاً ان يكون القبول هنا رسمياً حتما . والقبول حق شخصى خاص بشخص الموهوب له ، فان شاء قبل الهبة أو رفضها ، وليس لدائنيه القبول بدلا

---

(1) استئناف م ٧ نوفمبر سنة ٩١٢ ، ٢٥ ، ٥ (2) Don manuel .
(3) Purement potestative (4) Impossible (5) Immorale
(6) دى هلس ج ٢ ص ١٩ ن ٥٥ — وج ١ ن ٥٥ وما بعدها

عنه ولا بدلا عن ورثته . وليس لدائن الوارث ان يقبل الهبة أيضاً بدلا عن مدينه الوارث . واذا قبلها أحد الورثة دون الآخرين نفذت على من قبل لا على من لم يقبل

واذا مات الواهب قبل القبول بطلت الهبة . وكذلك اذا زالت عنه أهليته (المادة ٥٠ مدنى) ولا يشترط ضرورة علم الواهب بقبول الموهوب له

قلنا ان الهبة تنعقد ككل عقد بايجاب وقبول فتصبح حجة على طرفيها . هذا فى عهد القانون القديم قبل ظهور قانون التسجيل الجديد . وأما والهبة ناقلة لحق عينى عقارى ، ان كانت متعلقة بعقار ، فهى حتما خاضعة لقانون التسجيل المعمول بها بالمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المذكورة ، بحيث اذا لم يتسجل العقد فلا تنتقل الملكية مطلقاً . وكان فى عهد القانون القديم لابد من التسجيل حتى تكون الهبة العينية العقارية حجة على الغير (المادة ٥٢) ولما تقرر التسجيل ركناً أساسيا لنقل الملكية العقارية تحتم على قانون التسجيل الغاء المادة ٥٢ المذكورة (المادة ١٦ من قانون التسجيل)

٤٣٤ — *الضمان فى الهبة* : لا ضمان على الواهب عند استحقاق الموهوب الا اذا وجد شرط على خلاف ذلك ، أو كان الاستحقاق بسبب فعل الواهب بعد الهبة [1]

٤٣٥ — *بطلان الهبة* : تبطل بالاسباب المقررة للعقود بوجه عام ، فاذا شاب الرضاء عيب بطلت الهبة . وتبطل عند عدم توافر شرط نية الهبة ، وعدم حصولها رسمياً . وتبطل اذا كان السبب فيها غير مشروع ، الا اذا كان الغرض منها منصرفا الى اصلاح ضرر وقع بالموهوب له كالتعهد بدفع مبلغ للمحظية عند الفرقة . وتبطل بموت الواهب أو زوال أهليته قبل القبول . ولكنها لا تبطل بموت الموهوب له ، فاذا مات الموهوب له قبل القبول جاز للورثة وأوصيائهم القبول . وما القول فيما اذا زالت أهلية الموهوب له قبل القبول .

(١) استئناف م ٢٨ مايو سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٣٣٠ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ ، ٢٨ ، ١٩٥

فهل يجوز لقيمه القبول بدلا عنه ؟ لم ينص القانون كما نص فى حالة موت الموهوب له ، فاجاز الهبة على شرط قبول الورثة ، وكما نص فى حالة الموهوب اذ أبطل الهبة، وانا نرجح ابطال الهبة وعدم جواز القبول من القيم بالنيابة عن الموهوب له ، لان الشارع لم يبح النيابة فى القبول الا فى حالة وفاة الموهوب له ، الوفاة فقط ، لا زوال الاهلية

٤٣٦ — الهبة ودعوى الابطال : اذا حصلت الهبة اضراراً بدائنى الواهب جاز ابطالها بدعوى ابطال تصرفات المدين[١] طبقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدنى الواردة فى باب الالتزامات (والقانون المختلط نص زيادة على ذلك، دون القانون الأهلى على جواز بطلان الهبة الضارة بدائنى الواهب بالمادة ٧٤ ونصها عام حتما) وطبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية[٢] انما نص القانون الاهلى بالمادة٥٣ والمختلط أيضا بالمادة ٧٦على عدم صحة الوقف الحاصل اضراراً بالدائنين. وورد هذا النص بباب الهبة، وعلى ذلك يخضع حكم بطلان الوقف هنا الى القواعد المدنية البحت المقررة فى دعوى ابطال تصرفات المدين طبقا للمادة ١٤٣/٢٠٤ مدنى المذكورة ، ودعوى الابطال هذه هى ككل دعوى تتقادم هى الاخرى بمدة ١٥ سنة ، فاذا عمل وقف وسكت الدائن دون طلب ابطاله ١٥ سنة سقط حقه وصح الوقف[٣] والدائن الذى يستفيد من المادة ٥٣ فى ابطال الوقف هو من ثبت حقه قبل الوقف[٤]

٤٣٧ — الرجوع فى الهبة : أمر خاضع لاحكام الشريعة الاسلامية(المواد ٥١٥ — ٥٢٩ من الاحوال الشخصية لقدرى باشا) وهو من اختصاص القضاء الشرعى لا المدنى[٥]. واذا انعقدت الهبة بطريقة غير رسمية صح الرجوع وصح طلبه

(١) Action révocatoire . (٢) الشيخ زيد بك فى شرح أحكام الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٣١٤ (٣) استئناف ٢٥ يوليو سنة ٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤٨٣ رقم ١٦٢ — ح ١٤ ص ٨١ (٤) استئناف م ٧ يونيو سنة ٩٠٠ ، ١٢ ، ٣١٦

(٥) جزئى ١٣ مايو سنة ٩١٩ م ر ١ ، ٢١ ص ٨٠ رقم ٥٠ — كلى ١٧ ديسمبر سنة ٩١٤ ، ش ٣ ص ١٠٥ رقم ٢٣

أمام القضاء المدنى [١] واختلف أئمة الشريعة الاسلامية فى صحة الرجوع فى الهبة . فقال الامام الاعظم يصح الرجوع كلا أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه . ويقول الامام الشافعى بعدم صحة الرجوع [٢]

ويحول دون الرجوع موانع سبعة وهى : حالة الزيادة (المادة ٥١٦ من كتاب الاحوال الشخصية) وموت أحد العاقدين (المادة ٥١٧) وخروج الموهوب من ملك الموهوب له (٥١٨) والزوجية (٥١٩) والقرابة (٥٢٠) وهلاك الموهوب له واستهلاكه (٥٢١) وأخيراً اذا كانت الهبة بعوض (٥٢٢)

٤٣٨ — حرية المالك فى الايهاب : للمالك ان يهب ما يشاء من ماله كلا أو بعضاً لمن يشاء قريباً أو أجنبياً عنه (المادة ٥٠٣) . واذا كان مريضاً مرض الموت فتصح الهبة ان كانت لاجنبى غير وارث على شرط ان لايكون للواهب وارث والا فلا تنفذ الا فى ثلث التركة الا اذا أجازها الورثة فيما زاد عن الثلث ، ولا تصح الهبة على كل حال للوارث الا اذا أجازها الورثة [٣]

٤٣٩ — الهبة وقانون التسجيل الجديد : اذا انصبت الهبة على عقار وجب تسجيلها لتكون حجة على الغير وذلك فى عهد القانون القديم (المادة ٥٢ مدنى) والهبة من العقود الخاضعة للتسجيل باعتبارها داخلة ضمن المادة ٦١١ مدنى اذ تندمج فى عبارة « . . . . أو المشتملة (أى العقود) على ترك هذه الحقوق » من المادة المذكورة . ولا تصح الهبة على كل حال الا اذا كانت بعقد رسمى

هذا بشأن القانون القديم . وأما وقد صدر القانون الجديد الخاص بالتسجيل فلا بد فى عقد الهبة ان يكون مسجلا لنقل حق الملكية العقارية طبقاً للمادة الاولى من القانون المذكور . وعلى ذلك أصبح لابد فى الهبة من ضرورة رسمية العقد حتى تنعقد الهبة ، ومن ضرورة التسجيل حتى تنتقل الملكية . والرسمية وحدها

---

(١) استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ، ش ٢ ص ٢٧٢ رقم ٢٩٤
(٢) الشيخ زيد بك فى شرح أحكام الاحوال الشخصية الطبعة الثالثة جـ ٢ ص ٢٥٦
(٣) الشيخ زيد بك فى أحكام الاحوال الشخصية جـ ٢ ص ٣١٤ والمادة ٥٦١ لقدرى باشا

دون التسجيل ، أو التسجيل وحده دون الرسمية ، لا تنعقد به الهبة ، بل لا بد من الاثنين معاً . وما دام أن التسجيل شرط لازم لنقل الملكية فى الهبـة ، ولم يكن المقصود منه لاول وهلة ان يكون مجرد أداة لحماية الغير ، أصبحت المـادة ٥٢ المتقدمة لاغية ، وهذا هو ما قرره قانون التسجيل الجديد بالمادة ١٦

فى التملك بالارث

٤٤٠ — الارث وسـيلة من الوسائل المدنية أو الشرعية المقررة للتملك : ولا يصلح الارث وسيلة للتملك الا بتحقق شروط ثلاثة . تحقق موت المورث أو الحاقه بالموتى حكما ، وتحقق حيـاة الوارث بعد موت المورث أو الحاقه بالاحياء تقديراً ، والعلم بالجهـة التى بها الارث وبالدرجة التى يجتمع فيها الوارث والمورث (المـادة ٥٨٢ من الاحوال الشخصية) فمتى تحققت هذه الشروط صح التملك بالارث

ويرجع فى التملك بالارث الى شريعة المتوفى . وتقول فى ذلك المادة ٥٤/٧٧ مدنى «يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى »[1] بمعنى ان كيفية التوارث وتقدير الانصبة فى الارث وكل ما يتعلق بالارث انما هو خاضع لاحكام شريعة المتوفى أى ديانته[2] وعلى ذلك تصبح هذه المسائل المتعلقة بالمواريث من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية لا من اختصاص المحاكم المدنية الاهلية والمختلطة . الا أنه يلاحظ أن الشارع الاهلى قرر فى نهاية المادة ٥٤ المذكورة ما يأتى: « . . أما حق الارث فى منفعة الاموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية [3] » وقرر الشارع المختلط بالمادة ٧٧ المقابلة لها ما يأتى : « . . . أما حق الارث فى مصلحة الاموال الموقوفة أو فى منفعة الاراضى الخراجية [4] فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية » ولقد سبق أن رأينـا فى شرحنا

---

(١) statut personnel du défunt (٢) كلى ١٠٤ ديسمبر سنة ٩١ الحقوق ٦ ص ٣٤٣ (٣) Loi locale (٤) Tributaires

للمادة ٥٤ المذكورة أن الغرض من هذه العبارة الاخيرة من المادة هو الاشارة الى القانون العثمانى الصادر فى ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ه و ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ م الخاص بعقد الاجارتين المنوه عنه بالمادة ١٨ / ٣٧ مدني ، لا الشريعة الاسلامية كما قال عن غير حق فتحي باشا زغلول بكتابه ص ٨٧ . وأما العبارة الواردة بالمادة المختلطة بشأن التوارث فى حق الانتفاع بالاراضى الخراجية فهى تتعلق بما كان مقرراً من قبل من الفصل بين الاراضى العشرية والاراضى الخراجية المملوكة رقبة للحكومة ومنفعة للاهالى بأحكام خاصة معينة باللائحة السعيدية الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨

وان كانت مسائل الارث ترجع لقضاء الاحوال الشخصية (المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية والمادة ٤ من القانون المدنى المختلط) فذلك لا يكون الامن حيث المسائل المتعلقة تمام التعلق بأحكام شريعة المتوفى . وعلى ذلك اذا ثبت الارث وتعين النصيب فقد جاز للوارث المطالبة بمقدار نصيبه فى التركة أمام القضاء المدنى [1]

٤٤١ — ولا يصح ايقاف الدعوى المدنية هذه بسبب اختصاص القضاء الشرعى الا فيما يتعلق باختصاص هذا القضاء الاخير وفيما اذا كانت المسئلة المختلف فيها جدية . فالاعلام الشرعى مثلا يصلح لان يكون اداة اثبات الوراثة أمام القضاء المدنى . ولكن لا يصلح اذا رفعت دعوى النزاع فى الوراثة أمام القضاء الشرعى . وفى هذه الحالة يجب ايقاف الدعوى المدنية حتى يصدر حكم القضاء الشرعى بطريقة نهائية فى مسئلة الارث . كل ذلك لان الاعلام الشرعى لا يصدر بناء على خصومة قضائية بالمعنى القانونى لانه يعمل بناء على طلب يقدم من ذى الشأن ويسمع القاضى الشرعى شهوده فى غيبة خصومه بلا اجراءات قضائية تضمن لطرفى الخصومة وسائل الدفاع عن حقوقهم ، واذا كانت المسئلة الخلافية المطروحة فى الدعوى المدنية والخاصة بالشريعة الاسلامية غير جدية أو كان

(١) انظر ٢٢ أكتوبر سنة ٨٩ ح ٤ ص ٢٥٢

حكم الشريعة فيها لا يقبل جدلا جاز للقاضى المدنى الفصل فى الدعوى المدنيـة أخذاً بحكم الشريعة فى المسألة المختلف فيها ، دون أن يكون فى ذلك افتيات منه على قضاء الاحوال الشخصية . وبوجه عام يجب على الوارث فى الدعوى المدنية أن لا يطرق باب القضـاء المدنى الاهلى أو المختلط الا اذا كان مزوداً بما يؤيد مدعاه فى أنه وارث وبما يثبت مقدار نصيبه فى الارث [1]

فى الوصـية

٤٤٢ — الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع (المادة ٨٦ من مرشد الحيران والمادة ٥٣٠ من الاحوال الشخصية) وتتفق الوصية مع الهبة فى أن كلا منهما تبرع . ولكن يختلفان عن بعضهما البعض فى أن الوصية تبرع مضاف الى ما بعد الموت . وأما الهبة فهى تبرع بالتمليك حالا . ونظراً لهذا التشابه القائم بين الوصية والهبة تعددت الاحكام القضائية بشأن العقود الصادرة من الموصين أو الواهبين فيما اذا كانت تعتبر وصية أو هبة وذلك فى حالة صدورها من الموصى الى الوارث له . لانه ان ثبت فى هذه الحالة بأن العقد عقد وصية بطل العقد وبطلت الوصية أخذاً بالقاعدة الشرعية المعروفة بأن لا وصـية لوارث . ويتبين ذلك فيما اذا كانت نية المالك الصادر منه العقد قد انصرفت الى تمليك الوارث الى ما بعد الوفاة . وأما اذا كانت نيته منصرفة الى التمليك الحالى فلا يبطل العقد لانه لا يعتبر وصية . انما يجوز أن يبطل من طريق آخر اذا لم يعمل بالطريقة الرسمية طبقا للمادة ٤٨/٧٠ مدنى اذا لم يكن مفرغا فى قالب عقد غير عقد الهبة . وقد تشتبه الوصية والهبة من جهة مع البيع من جهة أخرى . وذلك فيما اذا جاء

---

(١) جزئى ٨ يوليو سنة ٩٣ ح ٨ ص ٢٣١

المورث وباع ما يملكه بعضا أو كلا الى وارث له ولم يقبض ثمناً للصفقة ثم احتفظ لنفسه خاصة بحق الانتفاع بما باعه حتى وفاته واشترط لذلك على المشترى عدم التصرف فيما اشتراه . فاذا تبين فى هذه الحالة أن العقد تمليك تام حاضر وانه هبة مستترة قد سترها عقد البيع وأن شرط عدم التصرف انما جاء ضمانا لحق الانتفاع . صح العقد وصحت الهبة بعقدها العرفى دون شرط الرسمية أخذاً بالمادة ٤٨ المذكورة . وتنصرف مسئلة احتفاظ المورث بالانتفاع حتى الوفاة الى أنها عقد جديد لاحق لعقد البيع قد صدر بعد انتهاء عقد البيع . أى بعد انتهاء عقد التمليك الحاضر ، أى تمليك عن طريق الهبة فى صورة بيع . وقد سبق أن بينا ذلك فى مكانه عند ما تكلمنا على نظرية الشروط الخاصة بعدم جواز التصرف[1]

٤٤٣ — ويرجع فى المسائل المتعلقة بالوصية الى أحكام شريعة الموصى . أى هى والارث سواء فى هذا الشأن . وكذلك مايتعلق بشكلها أيضاً . وفى ذلك تقول المادة ٥٥ مدنى أهلى ما يأتى « وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية[2] وفى صيغتها[3] الاحكام المقررة لذلك فى الاحوال الشخصية المختصة التابع لها الموصى»[4] وقررت المادة ٧٨ مدنى مختلط ما يأتى : « تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الملة التابع لها الموصى . أما الاحكام المتعلقة بفسخ الملكية[5] فى الاموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب حق النصاب[6] أو عدم ابقائه لورثته المفروض لهم شرعا[7] أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه[8] ولا بحقوق الدائنين له برهنها[9] اذا كان التمليك

(١) انظر أيضا الاحكام الآتية م ر ١ ، ١١ ص ١٢٥ رقم ٤٥ — وص ١٣٢ رقم ٤٧ — والمحاماة ٢ ص ١٤٤ رقم ٤٦ — ش ، ٣ ص ٤٨٩ رقم ١٦٥ — م ر ١ ، ١٩ ص ٧٣ رقم ٥١ — المحاماة ١ ص ٥٠٥ رقم ١٠٥

(٢) Capacité de tester

(٣) La forme

(٤) Statut personnel du testateur

(٥) Résolution des droits de propriété

(٦) Légitime réserve

(٧) Quotité disponible

(٨) Tiers acquéreurs

(٩) Créanciers hypothécaires

أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه » وهذا النص المختلط انما يرمى أيضاً هو الآخر الى حماية الغير الذين تقررت لهم حقوق عينية عقارية وكانوا حسنى النية ، أى لا يعلمون بما يشوب عقود تمليك المملكين لهم

٤٤٤ — ويشترط فى الموصى أن يكون بالغاً عاقلا مختاراً أهلا للتبرع . وفى الموصى اليه أن يكون حياً تحقيقا أو تقديراً ، أى جنيناً دبت فيه الحياة (المادة ٨٧ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٥١ من الاحوال الشخصية)

٤٤٥ — ولا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى (المادة ٩٠ من مرشد الحيران والمادة ٥٣٦ من الاحوال الشخصية) وتجوز فى ثلث تركة الموصى[١]. والدين على التركة مفضل على الوصية[٢]

٤٤٦ — ومن حيث شكل الوصية لاتسمع أمام المحاكم الشرعية دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى عند الانكار الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه (المادة ١٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)

ولا تنفذ الوصية الا بعد قبول الموصى اليه بها بعد وفاة الموصى . وأما قبل الوفاة فالموصى حر فى ان يبقى الوصية أو يبطلها[٣]

٤٤٧ — ومن حيث الاختصاص فكل مايتعلق بالوصية فهو من اختصاص القضاء الشرعى، وذلك فيما ينصرف الى المنازعات الناشئة عن الوصية فقط كالطعن فيها من حيث الاهلية ومقدار الوصية . وأما ما يتعلق بتنفيذها اذا قطع فى صحتها فهو من اختصاص القضاء المدنى كالمنازعات الخاصة بتسليم الموصى به والمطالبة بريعه وغير ذلك من المسائل التى لا تمس جوهر الوصية[٤] ونرى أن اختصاص القضاء المدنى حاصل أيضا حتى ولو كان النزاع منصرفا الى جوهر

---

(١) ٩١ مرشد الحيران و٥٣٧ من الاحوال الشخصية (٢) ٧٨ مرشد الحيران

(٣) شرح الاحوال الشخصية لزيد بك ج ٢ ص ٢٩٠ — ح ١٤ ص ٤٧١ — ح ١٥ ص ١٩٣ — ح ٧ ص ٣٦٣ — ح ٢٠ ص ١٣ (٤) استئناف ١١ يناير ٩٤ ح ١ ص ٤٠٧ — جزئى ١٠ فبراير سنة ٩١٩ م ر ١ ، ٢١ ص ٥٦ رقم ٣٥

الوصية والى المسائل الشرعية البحت وذلك فيما اذا كانت هذه المسائل الشرعية مسلم بها شرعاً وثابتة بلاجدل وخلاف ، وكان النزاع فى هذه الحالة نزاعا كيدياً غير جدى لايرمى به صاحبه الاالى مجرد التسويف وتعطيل الحق على صاحبه

٤٤٨ — والاختصاص فى الوصية كما فى الميراث والهبة من النظام العام طبقاً للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية بحيث يجوز للقاضى الحكم فيه دون طلب أحد خصوم الدعوى [١] اذ لايعتبر من الدفوع الفرعية الخاصة التى تسقط بعد ابدائها قبل ابداء أى طلب . واذا طلب الموصى أو من ينوب عنه تثبيت ملكيته لما أوصى به الموصى وطعن خصومه فى أصل الوصية وجب ايقاف الدعوى المدنية حتى يفصل فى الدعوى الشرعية [٢]

فى الشفعة

فى أصل الشفعة ومرماها وأثر الحركة الاقتصادية فيها

وفى

ضرورة صبغها بصبغة الاصول القانونية الحاضرة

٤٤٩ — الشفعة « حق تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الحيران). — أو هو الحق فى تملك العقار المبيع على المشترى بالثمن الذى دفعه والرسوم والمصاريف [٣]. فاذا توافرت أركان الشفعة وشروطها واجراءاتها القانونية صح الحكم بالشفعة برغم ارادة المشترى وانتزع العقار من يده وتسلم الى الشفيع

والشفعة نظام من أوضاع رجال الفقه الاسلامى قد لوحظ فى تقرير مشروعيته دفع الضرر الناشىء عن سوء المجاورة بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث

(١) استئناف ١٩ مايو سنة ٩٢ ح ٧ ص ٩٩ (٢) استئناف ٢٠ مارس سنة ٩٠٦ ح ٢٢ ص ١ (٣) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٨٢

« اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار »[1] . ويحكى هذا الوضع النظامى الدور الاجتماعى الذى اجتازته الشعوب التى أقرته . لأن من شأن الحياة البسيطة ووقوف الافراد عند حد معين فيها ان يشعروا بما يحتمل ان يقع بهم من المضايقات المختلفة فيما اذا بيع بيت لاجنبى فيصبح هذا الاجنبى دخيلا فى وسط تخلى فيه البائع للمشترى الدخيل فتضايق الجار . لذا أبيح لهذا الجار ، وقد اطمأنت نفسه من قبل الى جوار البائع ، ان يحول دون تدخل الاجنبى فيشترى العقار لنفسه ويطمئن على وسطه كما كان من قبل مطمئناً . وأما والآن وقد ثارت ثورة المدنية العالمية فى بعض انحاء العالم ، واصطلح الناس على ان يخضعوا لنظامها الحديث وهو نظام قسرى لا مفر منه البتة ، وخرجوا بالمعيشة من دور البساطة الى هذا الدور الذى نراه من تعدد أنواع الضرورات والكمالات واتساع ارجاء العمران وترامى مناحيه فى البلد الواحد وتعمير الجهات النائية ، وتقريب ابعادها البعيدة بوسائل المواصلات المختلفة ، أصبحت الشفعة ، وقد تلمح ذلك فيها بحق ، نظاماً مضطرباً لا يأتلف والنظام الاجتماعى الحاضر .

٤٥٠ — هذا من الوجهة الاجتماعية الصرف . وأما من الوجهة القانونية فالشفعة خرق لحرمة حرية التعاقد بين الافراد وتعد ظاهر على الحقوق التى تتقرر للمشترى بعد اتمام الصفقة . أليست الشفعة صورة لنزع الملكية لمنفعة خاصة ؟ وما شرع نزع الملكية جبراً على المالك الا لاسباب مشروعة ضمنية تقضى بها المصلحة العامة ، أو تقضى بها مصلحة الدائنين فى تقاضى ديونهم من مدينهم من طريق بيع أملاكه القابلة للبيع ، طبقاً لحق الضمان العام المقرر لهم من قبل على ماله . أين نزع الملكية هذا المشروع للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة بناء على حق الضمان العام المقرر من قبل ، من نزع الملكية هذا الذى يقضى به حق الشفعة ؟ أيملك المشترى حق استقرار الصفقة لديه وقد أباه عليه الشارع فنزع منه هذا الحق

(١) ابن عابدين ج ٥ ص ١٤٢

ومنحه لجار قد لا يدعى غالبا سوء جوار، وانما يرمى الى ارضاء نزعة مالية والايغال فى مجال المضاربة فيشترى العقار ثم يعمل على تجزئته بالبيع قطعة قطعة أو برمته فيصيب مغنما كان المشترى الاول فى حل من الانتفاع به ! وبأى مبرر قانونى صحيح يحرم المشترى من حق تقرر له ثم يمنح هذا الحق للجار ؟

وحق الشفعة حق استثنائى ثقيل الوطأة على الافراد، لذا يجب الاخذ فيه بالحيطة بحيث لا يجوز تجاوز الحدود القانونية المقررة له [1]

٤٥١ — والذى يقع فى مجال العمل أن المشترى يعمل على أخذ الصفقة من البائع بثمن مناسب يرضى المشترى ويستخدم ما يوفق اليه من ظروف ومناسبات حتى يصل الى ثمن قد لا يصل اليه غيره. وقد يقع أيضاً أن تكون هناك صلة وحالة خاصة بين المتبايعين فيتساهل البائع مع المشترى فى تقدير الثمن، من طريق المجاملة أو من أى طريق آخر لظروف شتى : فاذا حصل ذلك كله فكيف يمكن تبرير الشفعة فى هذه الحالة وتمكين الشفيع من الاستفادة من هذه الظروف الخاصة والشخصية البحت التى اكتنفت المشترى وحده، فلا يدفع الا الثمن المقدر بالعقد حتى ولو ثبت أن هناك مناسبات عدة جعلت البائع يتساهل فى تقدير الثمن ؟ أليس فى ذلك حرمان للمشترى من الاستفادة بظروفه الشخصية الخاصة به، وجعل الغير يستفيد منها بلا مقابل ؟

وأما والشفعة حق يتقرر للشفيع بمجرد تمام الصفقة والتعاقد عليها، فكأن عقد المشترى لا يعتبر عقداً مملكا تمليكاً نهائياً له، بل عقداً معلقاً على شرط، أى شرط عدم أخذ الشفيع بالشفعة. وفى ذلك عيبان ظاهران. أولا. ان مما يكره فيه تشريعاً تقرير الحقوق للافراد بالرجوع الى قيود تشريعية معطلة لحرية التعاقد وهى أساس المعاملات فى الازمان الحاضرة وروح التعاقد القانونى الملزم. نعم وان كان الشارع قد وضع قيوداً لحرية التعاقد فى بعض المواطن الخاصة كرسمية العقد فى الهبة (المادة ٤٨/٧٠ مدنى) والاستبدال فى الديون (المادة ١٩١/٢٥٥ مدنى)

(١) ج ع ١ ص ٥٣ ن ٣١٧٣ — ٣١٧٥

وضرورة تسجيل العقد فى انتقال الحقوق العينية العقارية (قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و١٩ سنة ٩٢٣) فانه راعى فى ذلك اعتبارات كثيرة ترجع للنظام العام. ولكن أين النظام العام من حق الشفعة ، وهو حق كما رأينا قد أصبح ذريعة للمضاربة وغيرها . ثانياً . ومتى كان حق المشترى فى الملكية النهائية حقاً معلقاً على شرط ، فان من شأن العقود الشرطية أن تجعل الحقوق فى حالة مضطربة ، وتعطل عليها أمر رواجها فى مجال التعامل بين الافراد . وتبقى هذه الحقوق مهددة زمناً ما . نعم ولو أن الشارع جعل مدة التهديد لا تزيد عن ستة شهور من وقت تسجيل عقد الشراء (المادة ٢٢ من قانون الشفعة) وأباح للمشترى والبائع اخبار الشفيع بحصول البيع (المادة ١٩ من قانون الشفعة) الا أن بقاء الحق مهدداً مدة ستة اشهر ليس بالامر الهين فى مجال التعامل . وفوق ذلك فقد جرت عادة المتبايعين أن لا يخبروا الشفيع بحصول العقد بل يتركوا أمر العلم اليه . وقد يقع كثيراً أن يطالب الشفيع بالشفعة فى هذه الحالة بعد مرور ستة شهور الا قليلا . نعم ولو أنه يجوز اثبات علم الشفيع بالقرائن والشهود (المادة ٢٠ من قانون الشفعة) الا أنه فى بقاء حق الشفعة قائماً مدة ستة شهور امرا معطلا للمعاملات ومشوها للحقوق التى تتقرر بين الافراد بمحض حرية التعاقد

٤٥٢ — وأما من الوجهة الاقتصادية فلا يأتلف هذا الوضع القديم ، نظام الشفعة ، مع الادوار الاجتماعية الحاضرة . لانه بصرف النظر عن ضؤولة هذا السبب فى دفع سوء الجوار «واعلاء الجدار وايقاد النار الخ ..» فانه قد يحتمل أن تجد الصفقة فى يد المشترى خاصة رواجاً من طريق تجزئة العقار وبيعه قطعاً . وفى ذلك ترويج للحركة الاقتصادية وذريعة فى توزيع بعض الاموال على من لا تمكنهم حالاتهم المالية الخاصة من تملك عقارات كبيرة . ولا يخفى أن من أهم مشاغل المشتغلين بنظم الاجتماع فى الوقت الحاضر تقرير قاعدة تتمكن بها الحكومات باستخدام طرق مختلفة من تعمير أراض بائرة وتسهيل ريها ، ومن البيع بالاقساط ، لما فى ذلك من رواج الحركة الاقتصادية العامة وزيادة العمران فى البلاد ، وقطع

دابر من يعملون على افساد الاذهان البسيطة من خلق جو فاسد مسمم للناس وتأميلهم بنظام شبوعى خيالى لم يتحقق ولن يتحقق لتنافره مع الطبيعة وضرورات الحياة [1]

٤٥٣ — ولم يكن من شأن شذوذ نظام الشفعة ومن اعتباره خرقا لحرمة حرية التعاقد ان أباح مقرروه شرعية استخدام الوسائل والحيل فى تفويتها على الشفيع ، لم يكن ذلك فقط ، بل جرت عادة الشارع المصرى فى مصر أن ضيق هو أيضاً وسائل العمل بالشفعة وسد منافذها على السائرين فيها فاصبحت الشفعة

(١) وقد اختلف الباحثون فى أمر بقاء الشفعة حقاً معمولا به بمصر أو فى ضرورة ابطاله ومحوه من عالم التشريع المصرى : رسالة فورجور ص ٥٥ — ٧٠ ويستند انصار الشفعة الى ما يأتى : (١) التقاليد التاريخية ، لان الاصل فى حق الجيران أن تبقى الاسرة محتفظة بعصبيتها ووحدتها ، فلا يرغب حينئذ فى ترك الباب مفتوحا لدخيل فيهـا يمزق كيانها ، باعتبار الجيران كأنهم أفراد أسرة واحدة . (٢) التقاليد الدينية : ان الشفعة من أوضاع رجال الفقه الاسلامى الذين قاموا بشرح أحكام الدين (٣) المنفعة العمليـة . اذ يرغب الساكن فى أن لا يضايقه جار أجنبى عنه لا يعرفه . وفى الشفعة ذريعة ذات فائدة خاصة للفلاح فى توسيع أرضه الزراعية من طريق شراء أرض الجار بدلا من شراء أرض بعيدة عن أرضه . وقد أخذ بهذه القاعدة القانون الاسبانى فى سبيل تسهيل تكوين الثروة العقارية الصغيرة (بلانيول ج ٢ ص ١٦٤٨) . (٤) العدالة . اذ لاينزل بالمشترى والبائع حيف ما دام الشفيع يدفع الثمن . — (٥) ان نظام الشفعة ضرورى تفاديا من ضرر أكبر وأبلغ . ذلك أن ابن الاسرة وقد ورث عن مورثه نصيبه الشرعى فى التركة يسارع الى تلمس المال ليصرفه فى شؤونه الخاصة فيتلقفه المرابى ليشترى منه نصيبه فى الميراث بعضاً أو كلا بثمن بخس . وفى ذلك سثر لربا فاحش يرغب فيه المرابى . ولكن لما كان المرابى يعلم بأن للشفيع حق أخذ الصفقة بالشفعة فهو لا يتهالك عليها بل ويصرف النظر عنها (فورجور ص ٧٢)

ويرى خصوم الشفعة ضرورة حذفها من التشريع المصرى للاسبـاب الآتية . (١) أن الشفعة خرق لحرمة حرية التعاقد . (٢) ان الشفعة مثار للاقضية بالمحاكم . ويرى البعض الرجوع الى مختلف المذاهب لا الى مذهب واحد لاجل تقرير أحكامها والاكتفاء فيهـا فقط على حالة الملك على الشيوع (فورجور ص ٦٥ والهامش ٣ و ص ٦٦) وذلك باعتبار أن الشريعة الاسلامية ليست شريعة جامدة تحول دون السير مع أدوار الرقى وتطور الجماعات (فورجور ص ٦٦ والهامش ٢ و ٣) . (٣) ان كان للشفعة بعض المنفعة الظاهرة فى قليل من الظروف الا أن اضرارها تذهب بمنافعها . (٤) ان القول بأن لا يترتب على الشفعة نزول الحيف بالمشترى والبائع قول فى غير محله ، اذ يفوت المشترى ثمن مجهوداته فى تمام صفقة ذات ظروف خاصة . (دى هلس ج ٣ ن ٢ شفعة — فورجور ص ٦٩) . (٥) ان الشفعة نزع ملكية للمنفعة الخاصة ، وهى تحكى قوة نزع الملكية للمنفعة العامة

أبغض الحقوق عند الشارع . فان أقرها الشارع المصرى فانما يقررها باعتبارها نظاما شرعياً قديماً . ولكنه صبغه بصبغة مدنية وأخضعه لكثير من الاصول القانونيــة المقررة فى القانونين المدنى والمرافعات ، وقيده بقيد يصح معه القول باحتمال زواله اذا عول الشارع الحاضر على وضع القوانين المصرية وضعاً جديداً يلتئم والنظام الاجتماعى الحاضر

٤٥٤ — وعلى ذلك نرى تقرير ما يأتى :

١) ان حق الشفعة ولو أنه نظام شرعى بحت الا أنه قد اصطبغ بعد سنه فى القانون المدنى المصرى أولا وفى قانون خاص ثانياً بصبغة مدنيــة . ولذا يجب الرجوع فى تقرير أحكامه المدنية الى الاصول القانونية الحاضرة بحيث لا يصح الرجوع الى أقوال الفقهاء فيه فى الازمان الغابرة

٢) ان حق الشفعة حق مكروه . وعلى ذلك ان صح القول بضرورة مضايقته فى مجال العمل والاخذ فيه بنفس الروح التى جرى عليها الشارع وعلى الاخص فى وضع القانون الخاص بالشفعة ، الا أنه يجب مع ذلك ضرورة اعتباره حقاً من الحقوق المقررة قانوناً بمعنى أنه لا يصح خرق الاصول القانونية الحاضرة ذريعة الى مضايقة حق الشفعة بالذات (كما سنرى ذلك فى ربط الشفعة بقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط)

٣) ان القوانين المسنونة الآن سواء كانت قوانين مجموعة[1] أو قوانين خاصة كقانون الشفعة ، هى القوانين التى يجب الرجوع اليها حتما فى تفسير حق الشفعة . ولا يصح مطلقا الاخذ فيه بقاعدة فقهية قديمة بينما الاصول القانونية الحاضرة قاطعة فى الخلاف[2] وعلى ذلك يصبح حق الشفعة حقاً شرعياً فى أصله ولكنه

---

(١) Codes (٢) مجمع القضاء ج٢ ص ٣٣٧ ن ١١٦٢ وص ٣٣٨ ن ١١٦٥ فيما يتعلق بعدم جواز شرعية الحيل فى الشفعة لانها معطلة لحق تقرر مدنيــا ومؤيدا بالاحكام المدنية العامة — ص ٣٣٨ ن ١١٦٦ و ١١٦٧ و ١١٦٨ فيما يتعلق بعدم اعتبــار ترك قطعة أرض صغيرة بين العقارين المشفوع والمشــفوع به حائلا دون الشفعة — عكس ذلك مجمع القضاء ص ٣٣٢ ن ١١٣٣ و ١١٣٤ فيما يتعلق بنقص أحكام قانون الشفعة وسكوته فى بعض الاحوال . اذ يقرر هذا القضاء ضرورة الرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية

مدنيا فى حاضره . أى أنه قد تجنس الآن بالجنسية المدنية الحاضرة بعد أن خلع عنه جنسيته الشرعية القديمة ؛ لذا يلزم أن تكون القوانين الحاضرة هى المناط الوحيد فى تقرير أحكامه ، ولا بأس من الرجوع الى جنسيته الاولى فى ايضاح غامض وتفسير مغلق

٢) لمحة فى التشريع للشفعة

٤٥٥ — الشفعة كما قلنا وضع من الاوضاع الشرعية . وكان يرجع فى تقرير أحكامها الى كتب الفقه الشرعى قبل سن القوانين المصرية فى مجموعات خاصة . ورأى مونورى [١] واضع القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ ان يسن لها مواداً تقر ذلك النظام (المواد ٩٣ — ٩٩ مدنى والمادة ٧١٩ مرافعات) ورأى موريوندو [٢] واضع القوانين الاهلية سنة ١٨٨٣ أن يختصها بمواد خاصة بها أيضا (٦٨ — ٧٤ مدنى) ولكن لما كانت هذه المواد قليلة وشاع أمر الشفعة عند ما تقدمت البلاد فى طريقها الاقتصادى وشعرت المحاكم بنقص هذه المواد رأى الشارع المصرى ضرورة التدخل فى الامر فوضع قانونا خاصا بالشفعة فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ للمحاكم الاهلية وفى ٢٦ مارس سنة ٩٠١ للمحاكم المختلطة . وبرغم ما صرفه الشارع من الجهد فى وضع هذين القانونين وضعا محكما ، الا أن العمل دل أيضا على نمو الحركة الاقتصادية وأن الخلاف لا زال قائما فى أهم مسائله . وكان لتقرير نظام الدوائر المجتمعة بالمحاكم المختلطة سنة ٩٠٦ وبالمحاكم الاهلية سنة ٩٢٣ أثراً ظاهراً فى وضع حد لما قام من الخلاف فى أحكام القضاء بشأن بعض مسائل الشفعة

ويقرب من حق الشفعة حق استرداد المبيع فى الشيوع . وقد تقرر بالمواد ٥٦١ و ٥٦٣ مدنى مختلط والماة ٤٦٢ مدنى أهلى . ولما كان هناك شبه قائم بين الاثنين ولم يتعرض قانونا مارس سنة ٩٠١ لحق الاسترداد هذا ، فقد أصبح

---

(١) Maunoury (٢) Moriondo

الخلاف قائما فى بيان حدود هذا الحق وفى بيان ارتباطه بالشفعة . لذا نرى من اللازم أن نفرد له فصلا فى نهاية الشفعة

٣) فى تقسيم موضوع الشفعة

٤٥٦ — نرى تقسيمه الى الاقسام الآتية : ١) قسم يتعلق بالشفيع بالذات ٢) وقسم يتعلق بالمشفوع منه — ٣) وقسم يتعلق بالمشفوع فيه والمشفوع به — ٤) وقسم يتعلق بالاجراءات القضائية — ٥) وقسم يتعلق بنتائج الحكم بالشفعة

٤) فى الشفيع

١ — حق الشفعة لدى الشفيع

٤٥٧ — **الشفعة قرينة قانونية** . حق الشفعة حق يملكه الشفيع اذا توافرت أركان الشفعة وشروطها . ولما كان الاصل القديم فى المعروف فى شرعيتها رفع ضرر الجوار ، فهل يترتب على ذلك التجويز للمشفوع اثبات انتفاء الضرر لدى الشفيع ؟ يرد القضاء بالسلب [(١)]

وعلى ذلك يعتبر توافر شروط الشفعة قرينة على حصول الضرر ، وهى قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلا عكسيا [(٢)]

٤٥٨ — **المضاربة بالشفعة** . ولكن هل يترتب على انها قرينة قانونية لا تقبل دليلا عكسياً أنه اذا ثبت من ظروف الدعوى أن الشفيع يرمى بالشفعة الى المضاربة وكسب المغانم من ورائها ، هل يترتب على ذلك رفض دعوى الشفعة ؟

---

(١) استئناف ١٢ ديسمبر سنة ٩٩ م ر ١ ، ٢ ص ١٤٢ ب — كلى ١٧ مايو سنة ٩٢٠ المحاماة ، ١ ص ٣٤٠ رقم ٦١ مجمع القضاء ص ٣٣٦ ن ١١٠٤ و ١١٥٥ — على ان القضاء يرى من طريق آخر بانه لا شفعة اذا ثبت عدم حصول ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان البيع بين أفراد عائلة واحدة والمشترى مجاور لكل منهم من قبل : مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ ح ١٤ ص ٦٦

(٢) présomption légale juris et jure

أجاب القضاء بالايجاب اذا اتفق الشفيع مع أجنبي على أن يدفع له هـذا الاخير الثمن في مقابل أن يأخذ جزءاً من العـقار المشفوع فيه [١] وأجاب بالسلب فيما اذا كان الشفيع قد اعتزم على بيع العقار المشفوع فيـه الى آخر [٢] وربما كان في قرار القضاء بالايجاب انمـا يرمى الى اعتبار حق الشفعة حقاً شخصياً وقفاً على شخص الشفيع فلا يصح للغير المطالبة به بدلا عن الشفيع بالذات . ولعل في اتفاق الشفيع مع الغـير على ان يدفع هذا الغير الثمن في مقابل ان يأخذ العقار كلا أو بعضاً ، معنى تنازل الشفيع عن حقه وتقريره للمتنازل اليه . والشفعة لا تقبل التنازل لانها حق شخصي خاص بشخص الشفيع حتى قيل بعدم جواز التوارث فيه

٤٥٩ — في وصف حق الشفعة : هو حق شخصي بالنسبة للشفيع بالذات . أي ان حق الشفعة شخصي عيني ، شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه . ولذا سماه دى هلس حقاً شخصياً في الشيء [٣] وهو حق عيـني عقاري بالنسبة للعقار المشفوع فيه . ويترتب على كونه حقاً عينياً عقارياً ولو

---

(١) كلى ٢٦ نوفمبر سنة ٩٨ ح ١٤ ص ٦٦ — استئناف ٢ يناير سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ١٣ ص ٦٢ رقم ٢٣ — استئناف م ١٠ فبراير سنة ٩٢ م ت ق ، ٤ ، ١٣٤ — ١٠ ، ٣١٣ — ١٥ ، ٢٦١ — ٢٨ ، ٢٨٦ مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٤٩ و ١١٥٠ — ح ٢٤ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٤ — ج ع ١ ص ٢٥٣ ن ٣١٧٠ ، أي اذا كان الشفيع مسخراً من الغير — ج ع ١ ص ٢٥٣ ن ٣١٧٢

(٢) ٢٣ مارس سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٢٣٧ — ج ع ٢ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٧ لان الشفعة في ذاتها مضاربة اذ يستحيل أن تخرج عن كونها ترمى الى تقرير منفعة للعقار المشفوع به وللشفيع : ج ع ٢ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٨ و ٢٨٣٩ اذ لا يجوز للقضاء أن يقرر من عنـده أسبابا لسقوط الحق المقرر بالقانون لان ذلك مخالف لقواعد العدالة والقانون الطبيعي . وعلى ذلك لا يجوز رفض الشفعة لان الشفيع يرمى الى الكسب من ورائها but de lucre ج ع ٣ ص ٤٠١ ن ٤١٨٩ اذ المضاربة مشروعة طالما لم يحظرها القانون — وتصح الشفعة حتى ولو ثبت عسر الشفيع واستفيد من ذلك من طريق الاستنتاج ان الشفيع مسخر من الغير prête-nom : ج ع ٣ ص ٤٠١ ن ٤١٩٠ (ولعل مثل هذا الحكم هو الذى جعل صاحب مجمع القضاء يقول باختلاف الرأى في القضاء المختلط مع أنه لا خلاف كما ترى)

(٣) Droit personnel ad rem — ج ٣ ص ٢٢٠ ن ٦

انه لم يرد ضمن الحقوق المعدودة بالمادة ٥ مدنى) ان له حق التتبع وحق الاولوية ويراد بالتتبع ان للشفيع حق طلب العقار من يد من تملك العقار من المشفوع ضده . انما تختلف اجراءات الدعوى فيما اذا كان قد سجل الشفيع انذار الطلب بالشفعة أم لا . فان سجل فلا يلزم الا بمقاضاة المشترى السابق على التسجيل (المادة ٩ من قانون الشفعة) وأما اذا سجل المشترى من المشترى بعد تسجيل انذار الشفعة فلا يلزم الشفيع بمقاضاته باعتباره خصما فى دعوى الشفعة ، انما يجوز له ان يقاضيه باعتباره خصما عادياً لا يلزم قبله بقيود الشفعة . ويراد بحق الاولوية ان الشفيع أحق بالعقار من أى شخص آخر اكتسب حقاً عينيا على العقار (المادة ١٢)

وهو من الحقوق الاستثنائية التى قررها القانون استثناء . وفيه تعد على الحق المقرر للمشترى . لذا أخذ الشارع بخطة التضييق فى تقرير أحكام الشفعة فقرر لها قواعد وأحكاما مصبوغة بصبغة الشدة وعمل على مضايقة الشفيع فى الاخذ بها حتى لا تتعطل المعاملات بين الافراد من جراء هذا الحق ، اذ عقد المشترى كما قلنا يعتبر فى ذاته عقداً معلقا على شرط من حيث انتقال الملكية انتقالا نهائيا ، وذلك حتى يفوت الوقت المضروب قانونا على الشفيع فتستقر الملكية بطريقة نهائية فى يد المشترى

٤٦٠ حق الشفعة غير قابل للتجزئة : لما كان حق الشفعة حقا مقيداً لحقوق الغير وجب فى تفسيره عدم الخروج عن النصوص المقررة له ، مع الاستعانة بالاحكام القانونية العامة . ومما تجب ملاحظته فى الاخذ بحق الشفعة انه لا يجوز الاباحة للشفيع بأن يأخذ الجزء اللازم له من العقار المشفوع وترك الباقى ، بل يجب عليه ان يشفع فى العقار كله ، والا يسقط حقه . وعلى ذلك يعتبر حق الشفعة حقا غير قابل للتجزئة [١]

واذا فرض وبيعت جملة عقارات صفقة واحدة [٢] ومنفصلة عن بعضها البعض

(١) Indivisible (٢) En bloc

فلا تجوز الشفعة الا فى العقار الجامع لشروط الشفعة[1] ويقدر ثمنه خبير . ولكن اذا تبين بأنه برغم هذا الاتصال فان هناك رابطة معنوية اقتصادية هامة تربط العقارات بحيث اذا قصر حق الشفعة على البعض دون البعض الآخر لتعطل استقلال العقار المشفوع ، لفصله عن العقارات الاخرى التى تغذيه وتمده ، جاز فى هذه الحالة للشفيع ان يشفع فى العقارات جميعها بما يتفق مع مصلحة العقار المشفوع [2]

واذا كان العقار المشفوع مجاوراً لعقار الشفيع وجب على هذا الاخير ان لا يشفع الا فيه بتمامه حتى ولو فرض وان العقار مكوناً من جملة قطع مختلفة كانت مملوكة لملاك كثيرين وتوحدت ملكيتها الآن فى يد المشفوع منه ، ما دام ان التجاور قائم بين هذه القطع [3]

واذا كان العقار المشفوع أرضا زراعية وبها مبان مباعة صفقة واحدة مع الارض ولم تكن للشفيع مصلحة ظاهرة فى أخذ البناء مع الارض ، وجب مع ذلك ان لا يشفع الا فى الكل أرضا وبناء [4]

واذا كان العقار المشفوع قد بيع لجملة مشترين مقسوما بينهم فلا تجوز الشفعة فيه الا بتمامه . وأما اذا تعينت حصة كل واحد منه بأن أصبحت مفرزة ، كان الشفيع بالخيار ، ان شاء شفع فى العقار كله أو شفع فى بعض الانصبة (المادة ١١) [5]

والشفعة حق عقارى ، حيث لا ينصب الا على العقار ، اذ لا شفعة فى المنقول

٤٦١ — **حق الشفعة وورثة الشفيع** : قلنا ان حق الشفعة حق شخصى خاص بشخص الشفيع فيما يتعلق بالمطالبة بالشفعة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له التنازل عنه للغير ليطالب به بدلا عنه ، ولذا حرمت عليه المضاربة به فيما اذا أراد استخدام هذا الحق ليصيب من ورائه مغنما من وراء الاتفاق مع الغير على

---

(١) ٥ ابريل سنه ٩٠٣ ، ١٨ ، ١٨٦ (٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٥٤ ن ٩٥
(٣) دى هلس ص ٢٥٥ ن ٩٦ (٤) ١٥ مارس سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ١٥٤
(٥) دى هلس ص ٢٥٥ — ٢٥٧ ن ١٠٠ — ١٠٢

هذا الحق [1] الا أنه اذا قضى بالشفعة فالشفيع حر فى عقاره المشفوع يتصرف فيه كيف شاء دون أن يكون مقيداً بزمن [2] ولكن هل يترتب على شخصية هذا الحق بالنسبة للشفيع أن يظل الحق عالقاً به فقط دون غيره طالما كان حياً يرزق، بحيث اذا مات ولم يتحقق هذا الحق بالحكم بالشفعة له فى حياته، فلا ينتقل الى ورثته، أى لا يعتبر حقاً من حقوق التركة يتوارثها خلفاؤه العامون؟

قرر القضاء المصرى فى ذلك رأيين. رأى يقول بعدم جواز التوارث فى الشفعة، ورجع فيه الى ما قرره أئمة الشريعة وفيهم الامام الاعظم ومريدوه. وأما علماء مذهب الامامين مالك والشافعى فانهم قرروا العكس، وقاعدتهم أن من مات عن حق فوارثه يقوم مقامه فيه [3] ويرتب القضاء على عدم جواز التوارث فى الشفعة انه لا يصح التوارث بعد اقامة دعوى الشفعة وقبل الحكم فيها [4] أما اذا حكم بالشفعة فيصبح الحق ملكا للورثة يتوارثونه فى التركة

وقضاء يقول بجواز التوارث فى حق الشفعة. وحجته أنه وقد سكت قانون الشفعة عن الارث فيه، وما دام حق الشفعة حقا مدنياً، فلا بد من الاخذ فيه بالقواعد العامة المقررة فى القانون، وهى تقضى بنقل حقوق الموروث الى ورثته [5]

وأما وقد قررنا فى تمهيدنا للشفعة انها حق مدنى محكوم بالاصول العامة للقانون المسنون فانا نؤيد المذهب الثانى وهو جواز التوارث فى الشفعة، برغم أن الشفعة من الحقوق الممقوتة

ويجوز للبائع ان يشفع فى العقار اذا باعه المشترى وتوافرت شروط الشفعة عند البائع الاصلى، اذ يعتبر شفيعا حتما [6]

---

(١) كما اذا كان الشفيع لا يستطيع دفع الثمن فيتفق مع الغير على الدفع بشروط خاصة: مجمع القضاء ص ٣٣٥ ن ١١٤٩ و ١١٥٠ — و ص ٣٣٥ ن ١١٤٨ فيما اذا تواطأ الشفيع مع الغير ثم تنازل الشفيع فلا يجوز للغير مطالبة الشفيع بتعويض، باعتبار أن التعاقد فاسد لفساد سببه

(٢) مجمع القضاء ص٣٢٢ ن ١١٢٥ (٣) استئناف ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ ح٩ ص٦١

(٤) مرجع ص ٣٣٣ ن ١١٤١ — ن ١١٤٣ و ١١٤٦ و ١١٤٧

(٥) مرجع ص ٣٣٥ ن ١١٤٢ (٦) ج ع ٢ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٢

٢ — في عقد الشفيع

٤٦٢ — لا يشفع الشفيع الا اذا أثبت انه مالك سواء كان ملكه مفرزاً معيناً أو شائعاً. ويجب عليه اثبات ملكيته. وتثبت ملكيته اما بغير عقد كالتقادم والارث واما بعقد كالوصية والهبة ، وعقود التمليك العادى . ويجب أن يكون عقد تمليكه سابقاً على عقد الشراء

٤٦٣ — في أسبقية عقد الشفيع على عقد المشفوع ضده : لا يتقرر حق الشفعة الا اذا كان هذا الاخير مالكا للعقار المشفوع به قبل تملك المشترى للعقار المشفوع فيه . وعلى ذلك يجوز للمشترى مطالبة الشفيع باثبات هذه الاسبقية . ولكن هل يعتبر المشترى من طبقة الغير الذين يستفيدون من المادة ٢٢٩ مدنى الخاصة بتعيين أحوال اثبات التاريخ بحيث يجب على الشفيع أن يثبت تاريخ عقده بالطرق المعينة تعييناً محدداً بالمادة المذكورة ، أم هو حر فى اثبات اسبقية عقده بجميع الوسائل القانونية ؟ يميل القضاء والفقه الى عدم التقيد بالاحوال المعينة بالمادة ٢٢٩ ويكتفى باثبات أقدمية العقد بأى طريقة ما . وليس من الضرورى تسجيل العقد ليكون حجة على المشفوع ضده[1] هذا بالنسبة للقانون المدنى المعروف قبل صدور قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و ١٩ سنة ١٩٢٣ . أما بعد صدور هذا القانون فلا بد أن يكون الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به ، ولا يكون كذلك الا اذا كان عقده مسجلا ، لان التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية ، لا مجرد رضاء العاقدين (المادة الاولى من قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣) واذا سبق وحرر عقده قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهو ابتداء العمل بقانون التسجيل ، وجب اثبات تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (المادة ١٤ من قانون التسجيل) حتى يكون العقد حجة على المشفوع ضده طبقاً لاحكام القانون المدنى

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٧٩ ن ١٥٣ — فتحى زغلول باشا ص ٨٩ ، مرجع ص ٣٣٦ ن ١١٥٢

وعلى ذلك ومن طريق الاستنتاج المنطقى البحت اذا شفع الشفيع بعقد لم يتسجل بعد فلا تقبل دعواه فى الشفعة لانه ليس مالكا . ولكن ألا يصح الاعتراض على هذا الرأى طبقا لما قررناه بشأنه نظرية الهلاك وقانون التسجيل فى أن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير ناقل للملكية الا انه بيع فيه مشتر وبائع بواجبات وحقوق ، وان الهلاك على المشترى بعد تسليم المبيع اليه . برغم اعتبار البائع لا زال مالكا ؟ وهل ينفع حينئذ هذا الاعتراض فيجوز للشفيع أن يدعى بأنه مشتر مثلا للعقار المشفوع به ولو أن عقده لم يتسجل بعد ، الا أنه مشتر على كل حال وانه عند مايسجل عقده يعتبر مالكا لا من وقت التسجيل بل من وقت الشراء ، أى ان التسجيل أثرآ رجعيا فى نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته فى العقار قبل التسجيل . اذا أخذنا بما قررناه بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذنا بنظرية جواز الاخذ بالشفعة فى العقود الشرطية فيما اذا كان عقد المشفوع ضده معلقا على شرط[1] وأخذنا بما سنقرره بعد بصحة دعوى الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد المشفوع ضده[2] اذا أخذنا بذلك كله ترجح لدينا القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد المشترى لم يتسجل بعد .. وعلى ذلك اذا تسجل العقد تأيدت الشفعة واذا لم يتسجل سقطت الشفعة وسقط ما ترتب عليها من اجراءات وأحكام . والحكم الذى يصدر فى هذه الحالة يعتبر حكما معلقا هو الآخر على شرط ، وحكمه حكم العقد ، يزول أو يتأيد بعدم تحقق الشرط أو تحققه . كل ذلك لان العقود الشرطية ، والاحكام المؤيدة لها أيضا باعتبارها أحكاما شرطية ، عقود صحيحة قانونا ومنتجة لنتائج قانونية . أليس الشارع قد

---

(١) ويقول هنا دى هلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٥ بالايجاب ، وفتحى باشا زغلول بالسلب ص ٨٣

(٢) بما أيدنا به حكم المنصورة الجزئية فى ٨ ديسمبر سنة ٩٢٤ م ٥ ص ٦٩١ عدد ٥٦٧ ، م ر ١ ، ٢٦ ص ٨٢ عدد ٤٦ وحكم استئناف محكمة أسيوط فى ٢٨ مايو سنة ٩٢٥ المجلة نفسها رقم ٤٦ أيضاً برغم ما قرره حكم محكمة مصر الكلية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ ، م مجلد ٥ ص ٣٣٣ رقم ٢٩٥

اعتبرها كذلك فى حالة بيوع الوفاء فقرر صحة التصرفات الحاصلة من المشترى قبل الرد وعند عدم حصول الرد كما انه قرر عدم نفاذ تصرفات المشترى اذا حصل الرد فى ميعاده ؟ (المواد ٣٤٠ و٣٤٥ مدنى) وان قيل بأن حق الشفعة حق مكروه من الشارع ويجب تضييق السبل أمامه، لورد على ذلك أنه قد أصبح حقا مدنيا كبقية الحقوق المدنية له حق الاستفادة بأحكام القانون المدنى كما أنه خاضع لها أيضا، أى تسرى عليه هذه الاحكام فى ايجابها وسلبها

٣ — فى مسقطات الشفعة

٤٦٤ — يسقط حق الشفعة بواحد من اثنين . اما بالتنازل عنه، واما بعدم القيام بالاجراءات المقررة له

١ — سقوط الشفعة بالتنازل

٤٦٥ — والتنازل عن حق الشفعة اما ان يكون صريحا واما ان يكون ضمنيا . وقالت فى ذلك المادة ١٩ ما يأتى : يسقط حق الشفعة [١] فى الاحوال الآتية : أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا [٢]

فى التنازل الصريح : والتنازل الصريح هو ما قطع فيه الشفيع بترك حق الشفعة . ولا بد فى اثباته ضد الشفيع بالكتابة اذا كانت قيمة العقار المشفوع تزيد عن ١٠ جنيهات [٣] ويؤخذ بالتنازل الصريح فى أى وقت لغاية يوم الحكم [٤]

٤٦٦ — **فى التنازل الضمنى** : والتنازل الضمنى « . . . كل عمل أو عقد [٥] يؤخذ منه ان الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا [٦] أو « هو كل عمل [٧]

---

(١) Ne peut plus être exercé (٢) Renonciation expresse ou tacite

(٣) استئناف ٧ مايو سنة ١٨٩٥ ح ١٠ ص ٢٠٢ — استئناف م ٢٦ يناير سنة ٩٠٥ م ث ق ، ١٧ ، ١٠٢ — الاستقلال ٤ ص ٥٤٨ رقم ٤٧١ — مرجع ص ٣٧٤ عدد ١٣٤٣ (٤) فتحى باشا زغلول ص ٨٧ — دى هلس ج ٣ ص ٢٧٨ ن ١٥٠

(٥) Sont acte (٦) Propriétaire définitif (٧) Acte

أى عمل مادى[1] يستفاد منه ضمناً ان الشفيع قد عرف المشترى بصفة مالك للعقار المبيع ملكا نهائيا »[2] . والامثلة فى ذلك كثيرة ترجع لظرف كل دعوى على حدة[3] ويثبت هـذا التنازل الضمنى بجميع أوجه الاثبات . وتقول فى ذلك المادة ٢٠ ما يأتى : « يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة » .

أحكام التنازل : اذا حصل التنـازل الصريح أو الضمنى عن المطالبـة بحق الشفعة صح التنـازل وسقط حق الشفعة عن صاحبـه . وقد لاحظنا فى أحكام القضاء المصرى فيما يتعلق بالتنازل الضمنى ان هذا القضاء لا يعتبر تنازلا عن حق الشفعة ما يصدر من الاعمال والافعال من جانب الشفيع بما يشـير ضمنا الى انه لا يريد الانتفاع بحق الشفعة . مثلا قرر القضاء أن رفض الشفيع الشراء من البائع لا يعتبر تنازلا عن حق الشفعة فيما اذا باع البائع العقار لمشتر[4] كما أنه قرر أن مساومة الشفيع فى الشراء لا تعتبر تنازلا منه عن الشفعة[5] وحجة القضـاء فى ذلك « أن العلم الموجب لسقوط حق الشفعة انما هو الحاصل بعد حصول البيـع ، اذ أن حق الشفعة يتولد من هذا البيـع ، فاعراض الشفيـع عن حقه قبـل تولده لا يؤثر عليه بعد تحققه »[6]

أما عن اعتبار هذا العمل السلبى من جانب الشفيـع قبل ظهور حق الشفعة من الاعمال الدالة على التنازل الضمنى ، فهذا صحيح لا غبار عليه . لان رفض الشفيـع قبل أن يصبـح بالفعل شفيعاً لا يستفاد منه بطريقة قاطعة انه تنازل عن حق الشفعة . ولا يعتبر ذلك تنازلا ضمنيا عن حق الشفعة . لان الشفيـع ان رفض

(١) Fait matérial (٢) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٥ المتقدم (٣) استئناف ٢ مايو سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٣ ص ٤٤ رقم ١٥ — استئناف م ٢٢ مارس سنة ٩٢١ م ت ق ، ٣٣ ، ٢٢٧ — فتحى زغلول ص ٩٧ — فورجور ص ٥٢ (٤) منفلوط الجزئية فى ١٥ مايو سنة ٩١٥ م ر ١ ، ١٦ ص ١٥٣ رقم ٩٣ — استئناف ١٧ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٣ ص ١٥٥ رقم ١٠٠ — استئناف م فى ٢٢ مايو سنة ٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ، ٣١٢

(٥) طنطا الكلية فى ٢٥ ابريل سنة ٩٢٠ م ، ١ ص ١٥٢ رقم ٢٦

(٦) حكم ١٧ نوفمبر سنة ٩٢١ السابق

الشراء اليوم من البائع لعسر نزل به أو لأى سبب آخر فلا يحول ذلك دون تمتعه بحق الشفعة عند ما يظهر حق الشفعة ويولد بالفعل من طريق تمام البيع بين البائع والمشترى الجديد غير الشفيع

٤٦٧ — وأما تعليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل والواقع فهذا لا نقره. وما الحكم حينئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشترى الاراضى وتقسمها قطعاً وتبيعها كذلك بالتقسيط أو بغير التقسيط ثم تشترط على كل مشتر أنه لا يطالب بالشفعة فى الارض المجاورة له، وأنه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة فى القطعة التى تباع فيما بعد وتكون مجاورة له؟ فهل مثل هذا الشرط صحيح أم باطل؟ لا نرى محلا للقول ببطلان الشرط وعدم صحته. بل نقول بصحته. نعم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به، ولم يكن التنازل عنه حاصلا وقت وجود الحق بالذات، لانه لا يوجد قانوناً الا بالبيع، الا انا لا نرى ما يمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع، اذ يرى العقار الذى سيكون مشفوعاً، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغيرذلك. وانما الذى ينقص فقط انما هو البيع، أى العملية القانونية التى تنصب على العقار المشفوع. وهل فى بيان أركان الشفعة هذه ووضوحها لدى الشفيع، مع عدم حصول البيع فقط، تجهيل على الشفيع حتى يقال بأن تنازله صادف حقاً مجهولا لا يعرف له حد ولا قدر؟ نظن لا. ونرى القول بصحة الشراء. وانه لو قيل العكس لتعطلت اعمال هذا النوع من الشركات الذى ذكرناه، فلا يقبل الناس على شراء قطع الاراضى خوفاً من شفعة الشفعاء. وفى ذلك ما يحول دون ترويج نقل الملكية فى العقارات من يد الى أخرى

٤٦٨ — واذا تقرر حق الشفعة بالفعل والواقع وحصل عنه التنازل فى مقابل مبلغ تقاضاه الشفيع صح التنازل. ولايجوز لمن دفع حق استرداد مادفعه[1]

---

(١) قنا فى ٢٤ يونيو سنة ١٩٠١ الاستقلال ٢ ص ١١ رقم ٧، ح ١٧ ص ٢٦٨

ونرى صحة عقد التنازل وعدم جواز حق الاسترداد ، اذا حصل التنازل قبل اجراء عملية البيع كما ذكرنا

٤٦٩ — واذا طالب الشفيع بالشفعة ورفع الدعوى فعلا فهل يجوز له التنازل بعد ذلك عن الشفعة أى التنازل عن الدعوى ؟ ان دعوى الشفعة من قبل الشفيع لم تخرج عن كونها عرضاً من الشفيع بأخذ العقار بالشفعة . فاذا أجاب المشفوع منه بالقبول تم العقد واستحق الشفيع العقار . واذا لم يتم العقد بان رفض المشفوع منه اعطاء الشفيع العقار بالشفعة رفعت الدعوى وظلت قائمة حتى يحكم فيها . وما دام ان الدعوى عرض فلصاحب العرض سحب عرضه ، أى التنازل عن الدعوى دون أن يكون فى هذه الحالة ملتزماً بأى شيء ما قبل المشترى، طالما ان هذا الاخير لم يقبل العرض المعروض عليه[1] . أما اذا قبله بان جاء المشترى باحدى جلسات الدعوى ورضى تسليم العقار للشفيع ، أو جاء وأخبر الشفيع خارجاً عن اجراءات الدعوى بورقة رسمية على يد محضر أو بورقة عرفية وصلت فعلا ليد الشفيع بما يفيد قبوله ، اذا حصل ذلك فلا يستطيع الشفيع بعد ذلك سحب عرضه . لان عرضه صادف قبولا من المعروض عليه وهو المشترى . وبوجه عام يجوز لصاحب الدعوى التنازل عن الدعوى بالذات أو التنازل عن الحق المؤيد بالدعوى . وللمدعى فى أى وقت الحق فى التنازل اما بورقة رسمية تعطى للمدعى عليه على يد محضر ، أو بما يقرره أمام المحكمة شفهيا أو بما يودعه بمذكراته التحريرية المعروفة قانونا لدى الخصم (المادة ٣٠٥/٣٤٨ مرافعات)[2]

(١) بنى سويف الكلية أول مارس سنة ٩٢١ المحاماة ٢ ص ٢٨٤ رقم ٩١ . — استئناف ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٢٨ رقم ١٠٥

(٢) مع ملاحظة العبارة العربية الغامضة بالنص العربى وهى « أو ذكره فى تقرير منه » والظاهرة بالنص الفرنسى consignée dans des conclusions . — وقد لوحظ فى عالم العمل عند ما ارتفعت أثمان الاقطان سنة ٩١٩ — ٩٢٠ ارتفاعا غير عادى وارتفعت معها أثمان الاشياء العقارية والمنقولة ، والارتفاع غير العادى أمارة الازمة وانذار بقرب نزول الضائقة ، تقاطر الشفعاء على المطالبة بالشفعة وامتلأت جداول القضايا بالمحاكم بقضايا الشفعة . ولما جاءت الازمة سنة ٩٢١ وقعت ظاهرة اقتصادية فذة نمت على مبلغ أثر الازمة فى أموال الناس وما ترتب عليه

وفى هــذه الاحوال جميعها ، لا يجوز للمشترى التمسك بتسليم العقار للشفيع بالشفعة ، لان رضاءه فى هذه الحالة لم يصادف عرضا قائما ، لان العرض قد زال بالتنازل عن الدعوى أى بسحب العرض . أما اذا أراد المشترى قبول تسليم العقار بالشفعة فما عليه الا أن يظهر رغبته فى ذلك ويخبر بها الشفيع عن طريق رسمى بورقة تعلن له على يد محضر أو بما يبديه أمام الجلسة شفهيا أو بما يقرره بمذكراته التحريرية المعروفة قانونا لدى خصمه الشفيع . فاذا لم يفعل ذلك وفعله الشفيع صح تنازل هذا الاخير . وكذلك يصح تنازل الشفيع اذا قام باجراءات التنازل القانونية قبل قيام المشترى بها . وعلى كل حال يصبح العمل ذا أثر قانونى صحيح اذا حصل قبل حصوله من الخصم الآخر .

٤٧٠ — هذا واذا تنازل الشفيع للمشترى الحاضر عن المطالبة بحق الشفعة فان ذلك لا يفيد انه تنازل عن حق الشفعة فيما اذا باع هذا المشترى العقار للغير [١]

من الانكماش المالى . ذلك انه لما كان العقار المشفوع قد بيع وقت الرخاء بثمن عال وشفع الشفيع اذ ذاك وهو لا يأبه لغلو الثمن ، ثم رفض المشترى تسليم العقار بالشفعة لانه ليس فى حاجة للمال لغزارته فى أيدى الافراد ، ثم نزلت الضائقة فجأة تفزع لها الشفعاء وأخذوا يعملون على سحب مبالغهم المودعة أمانة لذمة المشترين وهى أثمان الصفقات ، واستعانوا بالمادة ٣٠٥ / ٣٤٨ مرافعات المتقدم ذكرها . ومن جهة أخرى اضطرب جمهور المشترين ورغبوا فى العمل على اظهار رغبتهم فى قبول تسليم العقارات بالشفعة أى قبول العرض المعروض عليهم ، واستعانوا فى ذلك أيضاً بالمادة ٣٠٥ المذكورة . ولما كان النص العربى للمادة غامضا فى عبارته « أو ذكره فى تقرير منه » ولم يفكر الكثير فى الالتجاء للنص الفرنسى ظن بعض الناس ان المراد بهذه العبارة ان يحصل التنازل باقرار بقلم كتاب المحكمة ويودع فى الدعوى . وهــذا خطأ جسيم ترتب عليه ان من التفت الى القواعد العامة والى النص الفرنسى وأعلن تنازله ان كان شفيعاً أو قبوله ان كان مشتريا ، بورقة على يد محضر ، أو بالجلسة الشفهية ، قبل خصمه ، صح عمله قانونا . ومن غرائب أثر المادة ٣٠٥ المذكورة ان الخصوم الذين لم يستطيعوا القيام باعلان الرغبة بورقة على يد محضر قبل الجلسة المحددة لنظر دعوى الشفعة ، كانوا يتواثبون بالجلسة حتى يسارع كل منهم فى ابداء رغبته قبل الآخر بالجلسة والمحكمة منعقدة

(١) استئناف م ٣ يناير سنة ٩٠١ م ت ق ، ١٣ ، ١٠١ ، م ر م ، ٢٦ ، ١٢٥

ب – سقوط الشفعة بسبب عدم القيام بالاجراءات القانونية

٤٧١ – هناك حالتان :

الحالة الاولى : عدم اظهار الرغبة فى ظرف ١٥ يوماً وعدم رفع الدعوى فى ظرف ٣٠ يوماً . اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الاخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوماً من وقت علمه بتمام البيع أو من وقت انذاره ولم يرفع الدعوى بالمطالبة بحق الشفعة فى ظرف ٣٠ يوماً من وقت عرضه للثمن على المشترى والبائع سقط حقه فى الشفعة (المواد ١٩ و١٥) ونرى ان هذه المدد مدد سقوط [١] وليست مدد تقادم [٢] وسنشرح ذلك فى مكانه عند التكلم على اجراءات الشفعة

٤٧٢ – **الحالة الثانية** : سقوط حق الشفعة بمضى ستة شهور من وقت تسجيل عقد المشترى : قررت المادة ٢٢ ما يأتى : « يسقط الحق فى الشفعة [٣] فى سائر الاحوال بعد مضى ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة العقار ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف [٤] أوغائبا » [٥] والاصل فى الحق انه لا يسقط الا اذا مضت عليه مدة التقادم الطويل المسقط وهى ١٥ سنة . ولكن قانون الشفعة خالف هذه القاعدة لسببين : سبب قانونى وسبب موضوعى

٤٧٣ – **السبب القانونى** : ان المدة ليست مدة تقادم بل هى مدة سقوط كما سنشرح ذلك حالا . وعلى ذلك يصبح الشارع حراً فى تعيين المدة لانها مدة لا بد فيها من القيام باجراءات يعينها القانون بالذات . ولا يعتبر الحق موجوداً قانوناً ومحمياً بالقانون الا اذا تمت الاجراءات التى يأمر بها القانون من طريق الاكراه والاجبار . وعلى ذلك لا يعتبر الحق فى هذه الحالة ، وقد قيده القانون باجراءات خاصة ، حقا خاضعاً للتقادم أى حقا كاملا تام التكوين والانشاء ، بل هو حق ناقص لا يتم خلقه القانونى الا اذا اكتنفته هذه الاجراءات التى حتمها القانون

(١) Déchéance (٢) Prescriptions دى هلس ج ٣ ص ٢٧٦ ن ١٤٧ :
(٣) Prescrit (٤) Les incapables (٥) Les absents

٤٧٤ — السبب الموضوعى : ان حق الشفعة أمقت الحقوق لدى الشارع وأثقلها ظلا عليه . لذا هو لاينظر اليه بعين مد الاجل فى حمايته ووضعه فى مستوى واحد مع بقية الحقوق الاخرى ، اذ لايتردد فى ان يرى فيه شيئا غير قليل من الافتيات على الحقوق المقرة للغير ، وهى حقوق المشترين . أليس فى الشفعة معنى غصب العقار من المشترى جبراً عليه ، ولو ان الغصب مشفوع بدفع الثمن ومصاريف الصفقة الى المشترى ؟ لذا رأى الشارع سنة ٩٠٢ بحق ان لا يطيل أجل هذا الحق حق الشفعة الغاصب فاقسطه من الاجل ستة شهور ليس غير بحيث اذا مضت هذه المدة من وقت تسجيل العقد سقطت الشفعة حتى ولو كان الشفيع مفقود الاهلية أو غائباً . وظننا أن سريان المدة هذه على مفقود الاهلية والغائب لا يرجع من الوجهة القانونية الى أن هذه القاعدة استثناء للقاعدة الاصلية القاضية بايقاف المدد قبل مفقودى الاهلية طبقاً للمواد ٨٤/١١٣ و٨٥/١١٤ مدنى ، انما يرجع الى أن مدة الستة الشهور هى مدة سقوط لا مدة تقادم[1] والى أن المدة مدة سقوط أى مدة اجراءات ، والشارع مدفوع فيها بطبيعتها الى تقصير أجلها وتعميمه مع اكتماله فاذا أصاب مفقود الأهلية ضرر ما فما عليه الا الرجوع مع من تولى أمر دارة ماله

ويجب فى احتساب المدة هذه أن يراعى الحساب القمرى لا الشمسى باعتبار ان الحساب القمرى هو القاعدة العامة فى مصر[2]

٤٧٥ — وعقد المشترى اما أن يكون مسجلا واما لا . فان كان مسجلا وأصبح بذلك معلوماً لدى الكافة بحيث يجوز لجميع الافراد الاطلاع على سجلات التسجيل ، أصبح مضى مدة ستة شهور على التسجيل قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلا عكسياً على تنازل الشفيع ، بحيث لا يقبل منه عذر ما فى أنه ما كان ليعلم بتسجيل عقد المشترى . وقد يكون فى سكوت الشفيع هذه المدة دون أن

(١) مع ملاحظة انه من المقرر من طريق آخر فى بعض أحوال مدد التقادم ، كالتقادم المسقط بخمس سنوات فأقل ، ان هذا التقادم يسرى أيضا على مفقودى الاهلية : راجع فى ذلك الالتزامات ص ٤٨٧ ن ٤٩٣ وما بعدها

(٢) استئناف م ٢٢ مارس سنة ٩٢١ م ت ف ، ٣٣ ، ٢٢٣

يعمل على الالمـام بما يحيط بحقوقه من الظروف اهمالا جزاؤه من الشارع سقوط حق الشفعة

ولـكن ما القول فيما اذا كان عقد المشترى غير مسجل ؟ فهل يسقط حق الشفعة هنا بمدة ستة شهور ، أو بمدة ١٥ سنة ، أو لا يسقط بالمرة طالما لم يعلم بالبيع ، أو لا تجوز المطالبة بالشفعة ما دام ان الملكية لم تنتقل للمشترى بسبب عدم التسجيل ، وأنها لا زالت باقية لدى البائع ، وأن مدة السقوط حينئذ لا تبتدئ الا من وقت تسجيل العقد ؟ رأينا فى حالة عقد الشفيع وعند عدم تسجيله ، ان الشفعة تصلح من جهه لا نه مشتر على كل حال ولان التسجيل انما شرع لمصلحته هو. وسنرى أيضاً عند ما نتكلم على المشفوع منه وهو المشترى أن عدم تسجيل عقده لا يحول دون طلب الشفعة للسبب ذاته . وعلى ذلك فالشفعة جائزة ولو أن عقد المشترى لم يتسجل بعد

٤٧٥ — واذا كانت الشفعة جائزة مع عدم تسجيل عقد المشترى فما هى مدة سقوطها ؟ ان حق الشفعة كـكل الحقوق لا بد من سقوطه ، فلا يصح القول بعدم سقوطه طالما ان الشفيع لم يعلم بالبيع . نعم ولو أن حق الشفعة لا يظهر فى عالم العيان لدى الشفيع الا من وقت علمه ، وأنه ما دام لا يعلم به فلا يستطيع المطالبة ، وأنه يؤيد ذلك سقوط الشفعة بستة شهور من وقت تسجيل عقد المشترى ، باعتبار أن هناك شبه اهمال من الشفيع فى عدم التعرف على ما اكتنف حقه من ظروف خاصة اصبحت غير مستحيلة عليه بالاشهار والعلانية أى بالتسجيل ، قلنا نعم ولو أن ذلك صحيح الا أن فى بقاء الشفيع مدة ١٥ سنة مثلا ما يستفاد منه ضمناً وجود شبه اهمال من جانب الشفيع . لان من شأن طول المدة ، وطولها لازم عند عدم تسجيل عقد المشترى ، لان التعرف على العقد غير المسجل أمر ليس من السهولة كما فى حالة العقد المسجل ، ان يفسح مجال التعرف على العقد أمام الشفيع فيبحث حتى يعثر على الوقوف على حقيقة الحال

٤٧٦ — واذا كان حق الشفعة يسقط اذا لم يسجل عقد المشترى فما هى المدة حينئذ اللازمة لسقوطه ؟ ان الشارع لم يذكر شيئاً عن ذلك . وليس من السهل علينا أن نقول جزافاً بانه عند سكوت الشارع فى حالة سقوط الحقوق يجب الرجوع الى القاعدة العامة وهى سقوط الحقوق بمدة ١٥ سنة . ذلك لان المدة هنا ليست مدة تقادم حتى يؤخذ بهذه القاعدة بسهولة ، بل المدة مدة سقوط لانها مدة متعلقة باجراءات . وعلى ذلك ان قلنا بمدة ١٥ سنة فليس ذلك فى نظرنا الا من طريق القياس مع قاعدة التقادم لعدم وجود قاعدة عامة للسقوط تحكى القاعدة العامة المعروفة فى التقادم كما قدمنا

٤٧٧ — *مدد الشفعة مدد سقوط وليست مدد تقادم* : الفرق بين مدة السقوط ومدة التقادم فرق عظيم . ذلك أن مدة التقادم تقبل الايقاف . وأما مدة السقوط فلا تقبله . وقد أخذ قانون الشفعة بمدة السقوط فى حالة مضى ستة شهور على تسجيل عقد المشترى اذ تسقط الشفعة بعد مضى هذه المدة حتى ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً (المادة ٢٢ . مع ملاحظة أن كلمة يسقط الواردة بالنص العربى وردت بالنص الفرنسى بكلمة تقادم[1] والتعبير الفرنسى غير صحيح لانه يفيد التقادم لا السقوط) ولكنه لم يقل شيئاً بالنسبة لمدة الـ ١٥ يوما التى يجب أن يحصل فيها اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة ، ولا بالنسبة لمدة الـ ٣٠ يوما التى يجب فيها رفع دعوى الشفعة من وقت انذار الشفعة المتقدم . والذى نقول به نحن أن مدد الشفعة هى مدد سقوط لا مدد تقادم . وعلى ذلك فهى لا تقبل ايقافا ولا قطعاً

والتقادم يفيد أن هناك حقاً مكونا من قبل وتام التكوين لا ينقصه شىء لخلقه وايجاده . وهذا الحق الكامل تام الخلق والوجود يسقط اذا مضت مدة دون المطالبة به اذا تمسك المدين بهذا التقادم . وأما مدة السقوط فهى مدة خاصة بحق خاضع لاجراءات خاصة ومقيد بقيود معينة . بحيث لا يعتبر بدون

(١) Prescrit

هـذه الاجراءات حقاً كامل الخلق والوجود . ففى حق الشفعة لا يعتبر الشفيع مالـكا ملـكا تاما بمجرد حصول البيع من المالك للعقار المشفوع للمشترى منه . بل لا بد له لاجل تـكوين هذا الحق تـكوينا كاملا أن يظهر رغبتـه فى الأخذ بالشفعة فى ظرف مدة معينة . وأن يرفع الدعوى فى مدة معينـة . بحيث اذا لم يعمل ذلك فى المدتين المعينتين يزول عنه الحق الناقص الذى تقرر له بالبيع

ومن ذلك نرى أن حق الشفعة حق ناقص غير كامل لا بد له من اجراءات ، بخلاف الحق الـكامل تام الوجود فليست له اجراءات لازمة لسد النقص فيـه ، ما دام أنه كامل غير ناقص . ولا بد فى الاجراءات أن تحصـل فى أوقات معينة لان الحق معلق وجوده وجوداً نهائياً على هذه الاجراءات . فاذا لم تحصل الاجراءات ، فى المدة المعينة زال الحق المعلق عليها

ومن ذلك نرى أن مدة التقادم ليست شرطا لازما للحق . بل هى مهددة للحق الموجود من قبل وجوداً كاملا . فاذا اعتور هذه المدة عائق للايقاف أو قطع المدة قاطع ، وجب الايقاف والقطع . أى أن الحق يظل قائما لان مدة التقادم ليست لازمة لتـكوينه . وأما اذا اعتور مدة السـقوط أى مدة الاجراءات موقف أو قاطع فان من شأن هذا الموقف أو القاطع أن لا يؤثر على سريان المدة لان المدة لم تشرع حماية للحق الضعيف من قبل الا فى حدود معينة

وبناء على ذلك نرى أن لا تقبل أسـباب للايقاف أو القطع فى مدد الشفعة لانها مدد سقوط لا مدد تقـادم . فاذا رفعت الدعوى ولم تقيد بجدول المحكمة فلا يجوز اعتبار مجرد رفعها أى تحرير عريضة الدعوى ودفع ربع الرسم عليهـا واعلانها للبائع والمشترى سببا كافيا لقطع مدة الاجراءات وهى مدة ٣٠ يوما[1] وكـذلك أيضـا نرى أن رفع دعوى الشـفعة أمام محكمة غير مختصة لا يقطع مدة

(١) استئناف ١٠ ابريل سنة ١٩١٨ مجلة الشرائع المجلد ٦ ص ١٣٠ رقم ٢٢ . — أنظر ايضا دى هلس ج ٣ ص ٢٧٦ ن ١٤٧ . — بودرى المطول مع تيسييه فى التقادم ن ٤٩٧ ص ٣٤٧ . — موسوعات كاربانتيه ج ٣١ ص ٢٤٢ ن ٥٧٢ — ٥٧٤

الـ ٣٠ يوما . لان المدة كما قلنا ليست مدة تقادم يسرى عليها حكم المـادة ٢٢٤٦ مدنى فرنسى القائلة بقطع التقادم فى هـذه الحالة التى كاد يجمع على الاخذ بهـا القضاء المصرى ، بل هى مدة سقوط . وعلى ذلك فهى لا تقبل القطع . فاذا رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة وحكم فيها بعدم الاختصاص ومضت مدة ٣٠ يوما من وقت رفعها سقط حق الشفعة

ولكن القضاء المصرى أهليا ومختلطا يبدى كل يوم عناداً غريباً فى ضرورة الاخذ بأحكام الايقاف والقطع فى مدد السقوط كما فى مدد التقادم . وحجته أنه لا محل للتمييز بين مدد التقادم ومدد السقوط لان صاحب الحق يعمـل فى كلتا الحالتين ما فى استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ولان مسائل الاختصاص مسائل فنية قد تغيب على الخصوم وتلتبس على وكلائهم وعلى القضاء [1] ويبين لنا من بين سطور الاحكام أن القضاء قد تأثر بما يحف الدعاوى من ظروف خاصة ووقائع معينة فلم ير مندوحة من القضاء بما يتفق مع العدالة من طريق التحايل على الاخذ بالنظريات القانونية فى طريق لا يؤمن فيه التعثر مع الاصول القانونية العامة [2]

---

(١) كلى ٢١ اكتوبر سنه ٩١٧ م ر ١ ، ١٩ عدد ٢٧ — استئناف ٣٠ مايو سنه ١٩٠١ المحاماة مجلد ٢ عدد ٥٨ص ٢٧١ استئناف ٨ ديسمبر سنة ٩٢٠ م ، ٢ عدد ٤٥

(٢) ومن قبيل ذلك مالاحظناه بحكم للاستئناف المختلط (م ث ق ، ٢٣ ، ٢٣٧) اذ قضى بقطع مدة دعوى الشفعة عندمارفعت الدعوى أمام المحكمة الاهلية وهى غيرمختصة ، ثم رفعت بعد ذلك أمام المحكمة المختلطة المختصة . فدفع المدعى عليه فى الدعوى الثانية بسقوط الشفعة لرفعها بعد مدة الـ ٣٠ يوما لان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة لايقطع مدة السقوط ، انما يقطع مدة التقادم وان مدة الشـفعة مدة سقوط لا مدة تقادم . فأخذت محكمة أول درجة بمذهبه وأبت عليه محكمة الاستئناف الاخذ بهذا المبدأ الاولى فى القانون ، وتأثرت بما شاب الدعوى من ظرف خاص وهو سبق ادعاء المشفوع منه الجنسية المحلية فى قضايا أخرى بما جعل الشفيع يعتقد بحق بان خصمه خاضع للقضاء الاهلى فقاضاه أمامهذا القضاء الاخير . ولكن لما ثبت ان الخصم أجنبى قضى القضاء الاهلى بعدم الاختصاص لجاء الشفيع ورفع الدعوى أمام القضاء المختلط فقضى هذا الاخير بعدم القطع

ولما كان لهذا الحـكم أثر ظاهر فى تقرير قاعدة القطع فى مدد الشفعة فى غير حق وفى غير تعليل قانونى مقبول رأينا ان نأتى هنا بأسبابه لنتعرف على مبلغ ما يشوب قطع مدة السقوط من افتئات على الاصول القانونية العامة

قالت محكمة الاستئناف المختلطة : «وحيث ان القانونالمصريقرر بانالدعوى قاطعة لمدة التقادم

٤٧٨ — هذا ويجب أن يلاحظ هنا أن الشفعة تبطل اذا زال أحد شروطها كما اذا زال الجوار بانشاء طريق عام بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع.

طالما ان الدعوى لم تسقط بالترك ، وانه من طريق آخر من المتفق عليه قضاء ان الدعوى قاطعة للتقادم حتى لو رفعت أمام قاض غير مختص . — وحيث ان مرسوم سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة لم يأت بنص يخالف هذه القاعدة العامة ، ولا يوجد سبب وجيه يدعو القضاء الى تقرير تفرقة لم يقررها القانون ذاته . — وحيث انه فوق ذلك فان الفقه يجرى بلا نزاع على ان القواعد الخاصة بالتقادم يؤخذ بها فى اى نوع من أنواع التقادم مهما كانت المدة المقررة لرفع الدعوى (لوران ج ٣٢ ن ٣٧٤) . — وحيث ان فى الاخذ بالتفرقة التى قال بها الحكم الابتدائى المرفوع عنه الاستئناف اجحافا ظاهرا فى هذه الدعوى اذا لوحظ ان الشفيع قد خدع فى أمر جنسية المشنوع منه ، لانه سبق لهذا الاخير ان تقاضى مع الغير امام القضاء الاهلى باعتباره عثمانى الجنسية . ومن البديهى انه فى رفض الاخذ فى هذه الحالة بالقاعدة العامة المقررة فى قطع التقادم معنى انكار روح قانون الشفعة وشرعيته ، وهو القانون الذى وان خالف القواعد العامة ، فانما كان ذلك من اجل توكيد الطمأنينة العقارية من طريق توقيع جزاء لاهمال يقع من جانب الشفيع . — وحيث انه فوق ما تقدم فان الدعوى الحاضرة خاصة بحق الشفعة الذى لم يطلبه مالك اصلى على الشيوع ، اى بحق الشفعة الذى يجوز قبوله حتى القسمة طبقاً للمادة ٥٦١ من القانون المدنى التى لم يمسها قانون الشفعة فى شىء ما . . . . . » اهـ

واسباب الحكم هذه تنم عما تأثرت به المحكمة من الخدعة التى خدع المشفوع منه الناس بها ؛ وان فى الحكم برفض دعوى الشفعة ضرراً بالشفيع الذى لم يقصر . هذا فضلا عن أن الشفعة هنا يمكن الاستعاضة عنها بدعوى الاسترداد طبقا للمادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى

والذى نلاحظه على هذا الحكم فوق ما لاحظناه من قبل بشأن قطع المدة ما يأتى : —

أولا — ان الحكم بعد أن قرر صحة القطع فى مدة السقوط ، عاد وصرف النظر عنها وأخذ بدعوى الاسترداد retrait d'inivision . فكأنه بذلك قد استبدل الدعوى المطروحة أمامه وهى دعوى شفعة ذات اجراءات وقيود خاصة استثنائية ، بدعوى الاسترداد وهى دعوى عادية خاضعة للاصول القانونية العامة . وفى الاستبدال هذا أمام الدرجة الاستئنافية خطورة بأحد خصوم الدعوى حيث تحرمه من الاستفادة من الدفاع فى الدعوى على حالتها الجديدة وبصبغتها الجديدة التى صبغتها بها المحكمة

ثانيا . — لاحظ الحكم ان فى ادعاء المشفوع منه الجنسية العثمانية فى دعوى وانكارها فى دعوى أخرى ، الامر الذى ترتب عليه فوات الوقت على الشفيع من رفعه دعوى الشفعة امام محكمة غير مختصة ، رأى الحكم فى ذلك خطأ faute منسوبا للخصم ويجب عليه تحمل نتيجة خطأه . وهذه الملاحظة من جانب الحكم ملاحظة قانونية قيمة ولكن لم يشأ ان يعرفها فى طريقها القانونى الذى أعده أئمة القانون فى اصلاح اخطاء المخطئين الذى أضروا بحقوق الغير . وكان يجدر بالحكم بدلا من تقرير قاعدة القطع لمدة السقوط وهو تقرير غير قانونى وغير صحيح ، ان يقول بأن المخطىء ملزم باصلاح خطأه ، وانه بالخطأ قد التزم بالتزام هذا الاصلاح . وان الطريق الاقوم فى الاصلاح

أو باع الشفيع عقاره المشفوع به قبل المطالبة بحق الشفعة [1] أو أوقفه أو جعله مسجداً كما تقرر ذلك المادة ٦ اذ تقول: « لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة [2] أو ليلحق به »

٤٧٩ – عقد الشفيع المعلق على شرط : والشرط اما أن يكون شرطاً فاسخاً واما شرطاً توقيفياً . والعقد المعلق على شرط فاسخ قائم من وقت انعقاده وناقل للملكية . وأما العقد المعلق على شرط توقيفى فلا ينقل الملكية الا من وقت تحقق الشرط . وللشرطين أثر رجعى على الماضى . فالشرط الفاسخ يزيل الملكية القائمة ، والشرط التوقيفى يجعل الملكية كأنها نقلت من وقت العقد

والشرط الفاسخ كما فى بيع الوفاء اذ يعتبر المشترى مالكاً على شرط فاسخ . لانه اذا تحقق شرط الاسترداد، واسترد البائع العقار، زالت الملكية عن المشترى. والشرط التوقيفى كما فى بيع الوفاء أيضاً اذ يعتبر البائع مالكاً على شرط توقيفى ، وهو شرط الاسترداد . وشرط الاسترداد حينئذ يجمع بين الفاسخ والتوقيفى . لان ماكان فاسخاً لاحد العاقدين فهو توقيفى بالنسبة للآخر ، وللشرطين أثر رجعى ، الفاسخ يزيل الملكية فى الماضى ، والتوقيفى يقررها فى الماضى

انما هو الحكم بالعقار للشفيع . ويؤخذ هنا بما قرره القضاء الفرنسى ورجال الفقه هناك فى نظرية « الخطأ الشائع يولد حقوقا error communis facit jus » وهى التى طبقت فى حالة غياب الوارث الحقيقى وانقطاعه زمنا دون الحضور والمطالبة بحقه ، الامر الذى ترتب عليه ان ادعى الوارث الظاهر héritier apparent ارثه للتركة ، فعامله الافراد على هذا الاعتبار بأنه مالك مع انه فى الحقيقة المستورة عنهم لم يكنه . فاذا حضر الوارث الحقيقى فله حق الطعن فى هذه التصرفات لصدورها من غيرمالك . انما لما كان غيابهقد أصبح خطأ منه ترتب عليه اعتقاد الناس بصحة وراثة من تعاملوا معه ، فهو مسئول عن اصلاح خطأه وان أقوم سبيل قانونى لاصلاح ذلك الخطأ هو ترك التصرفات السابقة على حالها بدلا من الحكم ببطلانها ومن الحكم على المخطىء بالتعويضات لمن أصابهم ضرر بسبب خطأه

فاذا أخذنا بهذه القاعدة فى دعوى الشفعة هذه جاز الحكم بالعقار المشفوع فيه للشفيع على سبيل انه اصلاح للخطأ الذى صدر من المشفوع منه والذى ترتب عليه فوات مواعيد المطالبة بالشفعة . وذلك بدلا من الحكم بسقوط حق الشفعة ثم الحكم فيما بعد بتعويضات للشفيع

(١) استئناف م ١٨ مايو سنة ٩٠٧ م ت ق ، ١٧ ، ٣١٦ (٢) Culte

اذا علم ذلك فهل يجوز للمشترى وفائياً ، وعقده معلق على شرط فاسخ ، أن يشفع فى العقار المشفوع . وهل يجوز للبائع وفائيا ، وعقده معلق على شرط توقيفى ، أن يشفع فى نفس هذا العقار . واذا جازت الشفعة للاثنين فأيهما أفضل من الآخر ؟

الذى نراه فى حالة البائع والمشترى وفائيا وعلى الاخص بعد ما قررناه بشأن المشفوع منه ان كان مشتريا وفائيا انه يجوز لكل منهما الحق فى انذار المشفوع منه باظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة طبقاً للمادة ١٤ ويجب التربص حتى يتحقق حتما أحد الشرطين . فاذا تحقق الشرط من جهة كونه فاسخاً ومن جهة كونه توقيفياً بان استرد البائع عقاره ، صح له السير وقتئذ فى اتمام اجراءات الشفعة فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ فى ظرف ثلاثين يوما من يوم تحقق الشرط فى أحد أيام الفترة المضروبة بالعقد . ويعتبر لتحقق الشرط أثر رجعى بالنسبة لانذار الشفعة الموجه من البائع وفائيا ، أى يعتبر أن هذا الانذار قد عمل فى ذات يوم تحقق الشرط . وعلى ذلك يزول أثر الانذار الآخر الموجه من المشترى وفائيا لان ملكية هذا الاخير قد زالت

وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ من جهة والتوقيفى من جهة أخرى ، وظل العقار بيد المشترى وفائيا وتأيدت الملكية لديه ، وجب عليه أن يعمل نفس ما كان يعمله البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الاخير . وبذا يزول أيضا أثر الانذار الموجه من البائع وفائيا

وأما القول بتقرير حق الشفعة للمشترى دون البائع وفائيا ، أو البائع دون المشترى وفائيا ، فانه تترتب عليه اشكالات من الصعوبة بمكان . فاذا تقررت الشفعة للمشترى وفائيا دون البائع وأخذ العقار بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، واسترد البائع وفائيا عقاره ، فما الحكم فيما اذا كان هذا البائع لا يرغب فى أخذ العقار المشفوع ؟ فهل يحتج عليه بأن يد المشترى وفائيا يد وكيل عنه ، أى يد ممثل شرعى له ؟ طبعا لا . واذا كان لا يجوز اكراهه على أخذ العقار المشفوع ودفع ثمنه للمشترى وفائيا الشفيع ، فهل يبقى هذا العقار تحت يد المشترى وفائيا ، مع

أنه ليس مالكا من وقت انعقاد العقد ؟ وهل يجوز له اكراه المشفوع على أخذ العقار ورده اليه ؟ باعتبار أن حق الشفعة يتبع الحالة القانونية للعقار المشفوع به ، فان كانت هذه الحالة شرطية كان حق الشفعة كذلك ؟

هذا من جهة المشترى . وما القول من جهة البائع فيما اذا تقرر له حق الشفعة واستلم العقار المتقدم ، ثم لم يتحقق الشرط التوقيفى من جانبه ، ولم يسترد العقار فى المدة المضروبة ، فماذا يكون موقفه أمام المشترى وفائيا ، وأمام المشفوع منه ؟ ألا يقول وقتذاك المشترى وفائيا الذى أصبح مالكا نهائيا انه هو الشفيع الحقيقى ؟ وكيف يأخذ العقار من يد من قضى له بالشفعة فيه ؟ وألا يقول وقتذاك أيضا نفس المشفوع منه بأنه فى حل من أخذ العقار المشفوع من البائع وفائيا ، ويأخذه لنفسه هو ، وانه لا يسلمه للمشترى وفائيا ؟

هذه اشكالات لا حل لها فيما اذا أخذ بغير الطريقة التى قررناها هنا . أما اذا أخذ بما قررناه واجزنا لكل من البائع والمشترى وفائياً بعمل انذار الاخذ بالشفعة ، والتربص حتى يتحقق الشرط ، ثم السير فى اتمام الاجراءات باعتبار أن للشرط أثرا رجعيا على الانذار الصادر من جانب من كان الشرط لمصلحته ، اذا قلنا ذلك خرجنا من اشكالات دقيقة ووقفنا بالشفعة فى موقف قانونى لا اشكال فيه . وهذا الموقف هو الذى قررناه فى حالة ما اذا كان عقد المشفوع منه عقداً معلقا على شرط توقيفى ، اذ أبحنا للشفيع عمل انذار الشفعة ، ثم التربص حتى يتحقق الشرط التوقيفى أو لا يتحقق . فان تحقق سار الشفيع فى اتمام اجراءات الشفعة والافلا . وأما بالنسبة لعقد المشفوع منه المعلق على شرط فاسخ فاننا قلنا بجواز دعوى الشفعة واتمام اجراءاتها دون ايقافها حتى يتحقق الشرط . وكانت حجتنا أنه اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ وتأيدت الملكية لدى المشترى ، كالمشترى وفائيا ، صحت الشفعة وظل العقار تحت يد الشفيع . وأما اذا تحقق الشرط الفاسخ ، كأن طلب البائع وفائيا استرداد العقار ، صح توجيه طلب الاسترداد الى الشفيع . ويلزم هذا الاخير برد العقار اليه . باعتبار أن حق الشفعة هنا

يصبح أيضا موصوفا بالصفة القانونية القائمة بعقد المشفوع منه

٤٨٠ — وما القول فيما اذا كان الشفيع واضع اليد وسائراً فى طريق التملك بالتقادم الخمسى بالسبب الصحيح وحسن النية ، أو بالتقادم الطويل ؟ فهل يجوز له الشفعة فى هذه الحالة ، مع أن تملكه للعقار المشفوع به معلق على شرط توقيفى وهو مضى المدة القانونية بالشروط المقررة لصحة وضع اليد المقيد ؟ ان الامر فى ذلك يرجع الى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو توقيفى ، (وأما العقود المعقودة بأجل ، فالاجل فيها محقق الوقوع والشفعة جائزة) فان قيل بعدم جواز الشفعة حتى يتحقق الشرط ، فلا اشكال . ولكن محل الاشكال وظهور الصعوبات العملية والقانونية فيما اذا قيل بجواز الشفعة وتعليق صحتها فى النهاية على تحقق الشرط أو عدم تحققه . وذلك أنه اذا قيل بالتجويز لواضع اليد السائر فى طريق التقادم بالمطالبة بالشفعة ، فانه اما أن يتحقق الشرط ويتملك نهائياً فتصح الشفعة نهائياً . واما لا يتحقق شرط مضى المدة ، بأن يأتى المالك الاصلى ويسترد العقار (أو يأتى غاصب يغتصب العقار الاصلى من واضع اليد الحاضر فيقطع عليه المدة) . وهنا تظهر اشكالات عدة . اذ يحصل التساؤل فيما يأتى : هل يجوز للمالك الاصلى استبقاء العقار تحت يده باعتبار أن له حق الشفعة فيه من قبل ، وأنه بدلا من رفع دعوى جديدة بالشفعة يكتفى بالاجراءات المتقدمة الحاصلة من الحائز السابق ؟ وهل يجوز للمشفوع ضده المعارضة فى ذلك واسترداد العقار المشفوع من يد المالك الاصلى الذى حل محل واضع اليد ، لانه لا توجد رابطة قانونية نيابية كالتوكيل بين الحائز السابق والمالك الاصلى حتى يتمسك بأعمال الحائز ، وانه كان يجب على المالك الاصلى أن يطالب بالشفعة مع قيام يد الحائز على العقار المشفوع فيه . وما دام أنه لم يشفع فقد سقط حقه فى الشفعة ؟

على أن هذه الصعوبات قد لا تقع اذ يعمل المشفوع ضده على ادخال المالك

الاصلى خصما فى الدعوى . وفى هذه الحالة يكون حق الشفعة له خاصة دون الحائز . واذا فرض وأقر المالك الاصلى يد الحائز السائر فى طريق التقادم الخمسى بحسن نية وسبب صحيح ، فهل يصح لواضع اليد الاخذ بالشفعة ؟ يرجع ذلك الى الاثر الرجعى لاقرار اليد ، اذ يعتبر مالكا من وقت عقده . وعلى ذلك تصح الشفعة له

ويرى الفقه والقضاء ان مجرد وجود اليد على العقار مدة طويلة بصفة مالك يكفى وحده للمطالبة بالشفعة دون أن يكون واضع اليد ملزما باثبات الملكية من طريق آخر غير وضع اليد [1]

٤٨١ — عقد الشفيع باطل : والبطلان اما نسبى واما مطلق . فان كان الاول جازت الشفعة ولا يجوز للمشفوع منه التمسك بالبطلان النسبى ، لان هذا البطلان لم يشرع فى مصلحته انما شرع فى مصلحة من تقرر له ، كما اذا اشترى الشفيع العقار الذى يشفع به من غير ذى أهلية . اذ الذى يتمسك بالبطلان انما هو مفقود الاهلية . وأما اذا كان البطلان مطلقاً مما يتعلق بالنظام العام فلكل فرد الحق فى التمسك به ، كما اذا كان الشفيع يشفع بعقار يتملكه بعقد هبة غير رسمى . اذ يجوز فى هذه الحالة للمشفوع منه الحق فى التمسك به كما يجوز للقاضى أيضاً الدفع به من تلقاء نفسه [2]

واما القول بشأن البطلان المعدم وهو البطلان الخاص بنقص أحد أركان العقد [3] فهل يجوز للمشفوع منه التمسك به قبل الشفيع كما فى حالة البطلان المطلق ؟ نقول بالسلب لان هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام

٤٨٢ — عقد الشفيع وعد بالبيع . اذا كان الوعد من جانب العاقدين وتعين المبيع والثمن أصبح الوعد بالبيع بيعاً صحيحاً نافذاً [4] واذا كان الوعد

---

(١) فورجور ص ٢٨ — استئناف م ٢٦ يناير سنة ٩٠٥ م ت ق ، ١٧ ، ١٠٢

(٢) الالتزامات ص ٢٣٩ ن ٢٥٦ وما بعدها (٣) الالتزامات ص ٢٤٥ ن ٢٦٣

(٤) المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى — دى هلس ج ٤ فى البيع ن ١١٢ — جرانمولان

من جانب البائع وحده، صح العقد من جانب البائع، بمعنى أنه يصبح ملتزماً باجراء البيع اذا رضى المشترى[1] ولا يكون لقبول المشترى أثراً رجعياً، أى لا يعتبر المشترى مشتريا الا من وقت رضائه[2] وعلى ذلك لا يجوز للمشترى بناء على وعد من البائع أن يطالب بالشفعة الا بعد أن يرضى بالشراء من الواعد. فاذا كان رضاؤه سابقاً على عقد المشفوع منه صحت شفعته. وأما اذا كان لاحقا عليه فلا تصح لانه يعتبر مالكا بعد صدور العقد للمشفوع منه، ولان رضاءه كما قلنا لا يستفيد من نظرية الاثر الرجعى[3]

٤٨٣ — *عقد الشفيع معطل بورقة ضد* . من آثار ورقة الضد أنها لا تنقل حقاً ولا تعدله انما هى تؤيد الحق فى يد صاحبه الاول. وتوجد هذه الورقة تحت يد صاحب الشأن فيها وهو المالك الاول. فاذا شفع الشفيع فى العقار المبيع وادعى المشفوع منه وجود ورقة ضد ويجب عليه ادخال المالك الاصلى وتكليفه بتقديمها. واذا تعذر عليه الحصول على الورقة جاز له أى للمشفوع منه اثبات الصورية بجميع الاوجه القانونية لانه يعتبر من طبقة الغير

٤ — فيمن له حق الشفعة

٤٨٤ — عددت المادة الاولى من قانون الشفعة والمادة ٢ الشفعاء. فقالت أولاهما ما يأتى: « يثبت حق الشفعة لمن يأتى: اولا — الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع — ثانيا — للجار المالك فى الاحوال الآتية: اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الاراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو

فى العقود ن ٢٢٥ — فتحى باشا ص ٢٣٢ — حكم جزئى م ر ١، ٢٢ عدد ٤١ — انظر عكس ذلك بنى سويف الكلية ١٥ سبتمبر سنة ٩١٩ م ر ١، ٣١ عدد ٩٦

(١) الهلالى بك فى البيع ص ١٠٩ ن ١٧٦ (٢) الهلالى بك ص ١١٢ ن ١٨١

(٣) نعم وان كان يجوز للمشترى من البائع الواعد الحق فى الطعن فى العقد الذى يصدر من الواعد قبل رضاء الموعود له، الا أن ذلك موقوف على حصول تواطؤ بين الواعد والمشترى منه وأما اذا لم يكن هناك تواطوء فالعقد نافذ على الموعود له: الهلالى بك ص ١١٣ ن ١٨١

فى القرى — اذا كان للارض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفـاق لارض الجار على الارض المشفوعة — اذا كانت أرض الجار ملاصقة للارض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل » وقالت المادة ٢ ما يأتى : « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه »

وعلى ذلك يكون الشفعاء هم الاشخاص الذين ذكرهم القانون وعددهم . وبمـا أن قانون الشفعة قانون استثنائى أريد به رفع ضرر الجوار فلا يجوز أن يضاف الى جمهور الشفعاء المعينين بالقانون شفعاء آخرين ، أو أن يستفيد الغير من هذا الحق الاستثنائى لا مباشرة ولا من طريق غير مباشر بالتحايل[1]

والشفعة تثبت للذكر والانثى والصغير والكبير ومفقود الاهلية . وعلى من له الولاية على هذا الاخير المطالبة بالشفعة مع مراعاة القيود القانونية المقررة فى حالة شراء عقار لصبى له ولى شرعى أو له وصى ، أو لمجنون له قيم . كل ذلك لان الشفعة حق مدنى مؤيد بالقوانين المدنية

أما الشفعاء الذين عينهم القانون فهم كما يأتى :

٤٨٥ — أولا . مالك الرقبة : بجانب مالك الرقبة يوجد صاحب الانتفاع . فاذا باع المنتفع حقه جاز لصاحب الرقبة أن يشفع فى حق الانتفاع المبيع . ويلاحظ بأن الشفعة لا تجوز الا فى العقار بالذات لا فى حق مقرر على العقار ، أى لا تجوز الا فى عقار حقيقة لا حكما[2] ولكن الشارع قرر هذا الحق من طريق الاستثناء لصاحب الرقبة بل وجعل له الاولوية فيه على غيره (المادة ٧) لانه أولى من غيره فى جعل العقار رقبة ومنفعة بيده . ولم يقرر الشارع هـذه الشفعة لمنتفع آخر

---

(١) محكمة طنطا الكلية فى ٢٢ ابريل سنة ٩١٨ ح ٣٤ ص ١٤١ ، م ر ١ ، ٢٠ ص ٢٣

(٢) فتحى زغلول ص ٨٤ — دى هاس ج ٣ ص ٢٣٦ ن ٤٢ — بارون ادريان فورجور فى الشفعة ص ٢٢ من الرسالة المطبوعة خاصـة سنة ٩٢٠ أى انها لا تسرى الا على عقار مادى لا عقار معنوى

فى العقار بل قررها لصاحب الرقبة فقط دون غيره [1] ولو ان المادة ٢ جعلت المنتفع شريكا فى العقار وأصبح له بذلك حق الشفعة ، الا أن الشارع جعل الاولوية لصاحب الرقبة وفضله على صاحب حق الانتفاع . على أنه اذا كان هناك منتفعان أو أكثر ، وباع أحدهما حقه فى الانتفاع ، وكان من المقرر بالمادة ٢ أن المنتفع يعتبر شريكا فى العقار [2] ، فهل لا يجوز للمنتفع الثانى حق طلب الاسترداد المقرر بالمادة ٣٦٢/٥٦٢ مدنى ؟ يقولون بالايجاب [3] وحجتهم أنه ربما يترتب على حرمان المنتفع الثانى من الشفعة ضرر يلحق به فيستعين بالاسترداد . ولكن كيف يكون ذلك ؟ أليس فى الاسترداد معنى أن المنتفع الثانى يأخذ نصيباً فى حق الانتفاع الباقى وبذا يعطل على مالك الرقبة مفعول المادة ٧ فى جعل الاولوية له دون المنتفع ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المنتفع لا يشفع بصفته شريكا فى العقار الا عند امتناع صاحب الرقبة عن طلب الشفعة (المادة ٢) ؟ وكيف يقدر نصيب المنتفع بجانب نصيب صاحب الرقبة . وعلى أى نسبة يأخذ كل منهما نصيبه فى الانتفاع ؟ كل ذلك يرجع الى ما أنتجته المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى من التعقيدات القانونية بسبب بقائها مع وجود قانون الشفعة [4]

٤٨٦ — ثانياً . الشريك الذى له حصة شائعة : لهذا الشريك فى المشاع [5] الحق فى طلب نصيب شريكه المباع مشاعا ، كلا أو بعضاً ، بالشفعة ، مهما كان السبب فى الشركة الشائعة سواء كان الارث أو التعاقد . فان كان الشركاء اثنين فلا بد أن يكون البيع لاجنبى حتى يطالب الشريك الباقى بالشفعة . وله فى هذه الحالة حق المطالبة أيضاً بحق الاسترداد المقرر بالمادة ٤٦٢ مدنى فيما اذا فاتته المواعيد المقررة بقانون الشفعة . واذا كان الشركاء أكثر من اثنين وباع احدهم نصيبه فاما ان يكون البيع لاحدهم واما لاجنبى . فان كان لاحدهم جاز للباقى المطالبة

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٣٦ ن ٤٣ الفقرة الاخيرة — استئناف م ٤ يناير سنة ٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٨٧ (٢) Copropriétaire (٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٤

(٤) ولا نرى للاطالة فى هذا الشأن محلا لعدم وقوعه عملياً : فورجور ص ٢٦ و ٣٠٨ من مقالة بمجلة مصر المدنية سنة ٩٢٠ (٥) Copropriétaire indivis

بالشفعة دون الاسترداد ، بعد اسقاط نصيب المشترى باعتبار أن له حقا فى الشفعة مثلهم . (المادة ٧) ويتقاسم الباقون القدر المبيع بنسبة أنصبائهم فى الشيوع . وان كان لاجنبي طلبت بقية الشركاء الاخذ بالشفعة أو بالاسترداد وتوزيع الصفقة عليهم بنسبة انصبائهم [(١)]

وقلنا بالاسترداد فى حالة البيع لاجنبي ولم نقله فى حالة البيع لاحد الشركاء لان الاسترداد المشروع بالمادة ٤٦٢ قد لوحظ فى شرعيتـه الحيلولة بين تدخل الاجنبي عن الشركة فى شؤون الشركة

واذا سقط حق الشفيع فى الشفعة ، جاز لبقية الشركاء واحداً كانو أو أكثر أن يطالب بالنصيب المبيع برمته دون اسقاط نصيب من زال عنه حق الشفعة .

وما القول فيما اذا باع الشريك نصيبه مفرزاً بدلا أن يبيعه شائعاً ؟ سبق ان قررنا فى نظرية الشيوع أن للقضاء المصرى مذهبين فى صحة هذا البيع بالنسبة للمشترى : رأى يقول بعدم صحته ، ورأى يقول بصحته وايقاف نفاذه حتى تحصل القسمة بين الشركاء . فان وقع العقـار المفرز فى نصيب البائع صح البيع . وقرر ضمنا المذهب الاول . كل هذا فى مصلحة المشترى . ولـكن ما القول بشأن الشريك المالك على الشيوع ؟ فهل تجوز له الشفعة فى هذه الحالة اذا فرض وكان البيع صحيحاً ورضى به المشترى على عيوبه ؟ (اذ لا شفعة اذ قضى بفسخ البيع) ؟ ان القول بصحة عقد البيع لا يتعدى الشريك البائع والمشترى . وعلى ذلك فلا يجوز لهذا الاخير الادعاء قبل بقية الشركاء باختصاصه دونهم بالعقار المفرز المبيع اليه ، ما داموا لم يكونوا طرفاً فى العقد . انما اذا كان العقد لا ينفذ عليهم بالعقار محدداً فهو ينفذ عليهم باعتبار أن العقد تناول بيع نصيب الشريك على الشيوع . وفى هذه الحالة يجوز للجميع بما فيهم هذا الشريك الاخير حق الاخذ بالشفعة

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٣٧ ن ٤٦ و ص ٢٣٨ ن ٥٠ — استئناف ٢٩ مايو سنة ٩٣ ح ٩ ، ٥٢ — استئناف م ٢٥ ابريل سنة ٩٠٧ م ت ق ، ١٩ ، ٢١٩

٤٨٧ — **ثالثاً . صاحب حق الانتفاع** : صاحب حق الانتفاع يعتبر شريكا وله الشفعة اذا لم يطلبها صاحب الرقبة (المادة ٢) والمفهوم من ذلك أن هناك ثلاثة شركاء : أحدهم مالك رقبة وثانيهم منتفع وثالثهم اما صاحب رقبة أو صاحب انتفاع . فاذا باع الثالث نصيبه مهما كان نوعه صحت الشفعة لصاحب الرقبة أحد الباقين دون المنتفع . انما تجوز الشفعة لهذا الاخير اذا سقطت عن صاحب الرقبة

ولا يمكن أن يفهم وجود عقار فيه شريك بحق انتفاع الا اذا كان هناك صاحب رقبة لهذا العقار لان حق الانتفاع يستلزم حتما وجود صاحب الرقبة ولذا لابد أن تكون الشفعة لصاحب الرقبة ، والا كانت لصاحب الانتفاع[1] وقد سبق أن قلنا أن بعضهم يقول بجواز طلب الاسترداد الوارد بالمادة ٤٦٢ مدنى للمنتفع[2] وبينا ما ينشأ عن ذلك من التعقيدات العملية وما يترتب عليه من تعطيل المادة ٢ من قانون الشفعة التى جعلت الصفقة من حق صاحب الرقبة دون غيره من بقية أصحاب الانتفاع تعددوا أو لم يتعددوا[3]

٤٨٨ — **رابعاً . الجار المالك** : يشترط فى هذا الشفيع شرطان أن يكون مالكا وجاراً .

٤٨٩ — **الشرط الاول . أن يكون الجار مالكا** : سواء كان مالكا منفرداً أو مالكا على الشيوع . واذا كان الجار غير مالك فلا يشفع كالمستأجر والمحتكر والمرتهن رهناً حيازيا أو غير حيازى[4] وكل شخص لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به . وقد لاحظنا عند ما تكلمنا على عقد الشفيع أنه لا يشترط فيه أن يكون مسجلا لاجل المطالبة بالشفعة بل يكفى وجود العقد المثبت بأن الشفيع

(١) وقد أثارت هذه المادة ٢ ثائرة الشارحين . وعلة ذلك استحالة ادراك المادة الا اذا كان الشركاء أكثر من اثنين . فتحى باشا زغلول ص ٨٥ — ٨٦ — دى هلس ج ٣ ن ٤ ، ص ٢٣٩ — فورجور ص ٢٥ (٢) فتحى باشا زغلول ص ٨٤ (٣) ويلاحظ أن هذه المادة ٢ لم يرد لها شبيه بالقانونين المدنى المختلط سنة ١٨٧٥ والاهلى سنة ١٨٨٣ . ولم يقر فقهاء الشريعة الاسلامية هذه القاعدة — وانا لا نود التوسع فى ذلك لعدم تحققه كما قلنا عملياً

(٤) فورجور ص ٢٨

مشتر . وعلى ذلك يجوز للجار المشترى بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة ، ويعتبر الحكم القاضى بالشفعة حكما معلقاً على شرط ، وهو عدم تصرف البائع للشفيع فى العقار ثانيا للغير وعدم تسجيل الغير لعقده . والا اذا حصل التصرف ثانياً وتسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع بطلت الشفعة لانه لا يعتبر فى هذه الحالة مالكا . ونلاحظ هنا ما قررناه فى شرحنا لقانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و ١٩ سنة ٩٢٣ ان عقد المشترى يعتبر عقداً معلقاً على شرط من حيث انتقال الملكية ، وهو شرط عدم تصرف البائع ثانيا وعدم تسجيل العقد الثانى قبل عقد المشترى الاول (مع ملاحظة ضرورة الاخذ بنظرية حسن النية والتواطؤ ، اذ يجوز للمشترى الاول المتأخر فى التسجيل عن المشترى الثانى اثبات تواطؤ البائع له مع المشترى الثانى المتقدم فى التسجيل وبذا يبطل عقد المشترى الثانى وينفذ العقد الاول . وقد بينا ذلك فى مكانه)

واذا كان الجار صاحب حق انتفاع أو مالك رقبة فهل تجوز لكل منهما الشفعة ؟ نقول بالسلب لان شرط المطالبة بالشفعة فى هذه الحالة أن يكون الجار مالكا . والمراد بالملك هنا حتما الجمع بين الرقبة والانتفاع فى يدواحدة. ولا يصح هنا الاعتراض بالمادة ٢ التى قررت اعتبار صاحب حق الانتفاع بمثابة شريك ، لان ذلك مقصور فقط على العقار المشفوع فيه . أى أن اعتبار صاحب الانتفاع شريكا لا يكون الا فى حالة ما اذا كان صاحب الانتفاع مع صاحب الرقبة شريكين فى العقار المشفوع فيه ، لا العقار المشفوع به ، كما نصت المادة ٢ بذلك حيث قررت « يعتبر شريكا فى العقار المشفوع[1] »

٤٩٠ — الشرط الثانى . شرط الجوار : وللجوار هنا ثلاث حالات ١) اما أن يكون العقار المشفوع (أى العقار المشفوع فيه) من المبانى أو من الاراضى المعدة للبناء — ٢) واما أن يكون أرضا زراعية — ٣) واما أن

(١) immeuble vendu دى هلس ج ٣ ن ٥٧

يكون هناك بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به حق ارتفاق . ونرى التكلم على كل حالة على حدة :

٤٩١ — الحالة الاولى : أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو من الاراضى المعدة للبناء : سواء كان العقار المشفوع فى المدن أو القرى . وفى ذلك تقول المادة الاولى ما يأتى

« اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الاراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو القرى » . وهنا نلاحظ ما يأتى :

٤٩٢ — ١ — يكفى أن يكون الجوار هنا من أى ناحية ومن أى جهة، ويكفى فقط مجرد التلاصق بين العقارين من أى جهة من الجهات [1] مهما كان محل التلاصق ، حتى ولو كان حاصلا فى الاركان ذاتها ، وممتداً على ارتفاع الركنين المتلاصقين معاً أو على جزء من أحد الركنين ، كأن كان أحد الركنين أقصر من الآخر . على أنا نرى أنه من المستحسن فى هذه الحالة أن يكون التقدير فى أمر الجوار من المسائل التقديرية التى تدخل فى السلطة الواسعة المقررة للقاضى. بحيث اذا تبين أن التلاصق ليس من الاهمية بالقدر الذى يبرر الشفعة ، فلا محل وقتئذ للقضاء بها ، وهى أكره الحقوق لدى الشارع كما رأينا

٢ — العقار المشفوع اما أن يكون مبنياً واما أن يكون أرضا معدة للبناء

١ — **العقار المشفوع مبنى** : وهو يتكون من البناء بالذات ومن الارض القائم عليها البناء . ولا بد للشفيع من أخذ العقار بناء وأرضا بالشفعة . ويستحيل أن يطالب باحد الاثنين . واذا كانت الارض لمالك والبناء لآخر وبيع البناء دون الارض ، فلا شفعة [2] كذلك لا شفعة اذا بيع البناء دون الارض

واذا كان الشفيع لا يملك الا البناء القائم على الارض المشفوع بها كما اذا

---

(١) استئناف م ٦ فبراير سنة ٩١٧ م ت ق ، ٢٩ ، ١٩٨ (٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٦

كان مستأجراً ، أو كانت الارض محكورة له أو كان مرتهناً رهنا حيازيا عقاريا ، فلا شفعة له أيضا [١] . ولكن لمالك الارض حق الاخذ بالشفعة ، وهو المؤجر أو صاحب الارض المحكورة أو المدين الراهن

٤٩٣ — ب — العقار المشفوع أرض معدة للبناء : وهنا تتشابه الارض المعدة للبناء مع الارض الزراعية فى بعض الاحوال . ولابد من تقرير ضوابط يصح الرجوع اليها لمعرفة ما اذا كانت أرض بناء أو أرض زراعية [٢] ولاجل أن تعتبر الارض أرض بناء أى معدة للبناء يجب أن يتلاحظ ما يأتى :

١ . — يجب أن تكون الارض تابعة لجهة مبنية [٣] أو بلد أو قرية [٤]

٢ . — يجب أن ينظر الى حالة الارض الحاضرة باعتبارها تابعة لجهة مبنية ، لا الى حالة محتملة لها فيما بعد [٥]

٣ . — لا عبرة بالثمن المقدرة به الارض ولا بما اذا كان سبق بيعها بالمتر أو الفدان [٦]

٤ . — يكفى الرجوع فى ذلك الى خريطة المدينة [٧]

٥ . — العبرة بالحالة الحاضرة الواقعة للارض [٨] لا بالنية التى يمكن أن يتصرف اليها المالك [٩]

---

(١) مجمع القضاء ص ٣٤١ ن ١١٨١ بالنسبة للحكر (٢) ويقول دى هاس ان المسئلة موضوعية ترجع لظروف كل حالة خاصة : ج ٣ ص ٢٤٢ ن ٦٤ وهو ما لا نقره عليه (٣) Agglomération bâtie (٤) استئناف م ٣١ مايو سنة ٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٣٠٩ وبناء على ذلك قرر القضاء أن فندق مينا هوس Mena House لا يعتبر من الاراضى المبنية التابعة لبلد أو قرية immeuble urbain ما دام انه يتصل بالصحراء مباشرة . ومن جهة اخرى فانه يتصل بأرض زراعية واسعة تغمرها مياه النيل فى اوقات الفيضان : استئناف م ١٥ مارس سنة ٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ١٥٤ . وهذا الحكم الغى الحكم الابتدائى الذى قضى بأخذ الفندق بالشفعة (٥) الحكم السابق (٦) الحكم السابق — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة فى ٩ يونيو سنة ٩١٥ ش ، ٣ ، ١١٣ (٧) حكم ١٩ يونيو سنة ٩١٥ السابق (٨) Destination réelle et objective (٩) استئناف ٣١ مايو سنة ٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٣٠٩ وهو غير الحكم السابق لانه صدر فى دعوى اخرى

٤٩٤ — الحالة الثانية . العقار المشفوع من الاراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء : وهى الاراضى الزراعية . ولا تصح فيها الشفعة الا بعد توافر الشروط الآتية :

أولا . — يجب هذه المرة أن يكون التلاصق من جهتين للعقار المشفوع فيه

ويلاحظ فى الالتصاق أن يكون حاصلا فى حدين من حدود العقار المشفوع كالحد البحرى والشرقى لا فى نقطتين من حد واحد [١] وأن يكون على امتداد يكفى لتبرير الشفعة [٢]

ولا يشترط أن يكون الحدان بجانب بعضهما البعض كالحد البحرى والشرقى، أو البحرى والغربى ، بل يكفى التلاصق من جهتين أين كانا ، كالحد البحرى والقبلى ، والشرقى والغربى

ثانياً . — يجب أن تساوى من الثمن الارض المشفوع بها نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل . والغرض من هذا القيد الضرب على أيدى المضاربين الذين يستخدمون الشفعة وسيلة فى جلب المغانم لهم بمجرد الجوار البسيط [٣] وحتى يمكن القول بأن هناك مبرراً للشفعة فى سبيل تسهيل استغلال العقارين على الشفيع [٤] ويرجع فى التقدير الى وقت الشفعة [٥] لا الى الثمن الذى اشترى به العقاران [٦] ولا عبرة بمساحة العقارين المشفوع والمشفوع به اذ يجوز أن تكون المساحة كبيرة دون أن تتناسب مع ثمنها [٧]

٤٩٥ — واذا كان العقار المشفوع به مملوكا لجملة شركاء على الشيوع [٨]

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٣ ن ٦٨ (٢) ونرى هنا أن المسئلة موضوعية ترجع لظروف كل دعوى على حدة . اذ يحصل أن تكون الارض المشفوعة ذات ثلاث حدود وكان التلاصق كبيراً فى حد من الثلاثة وضعيفاً جداً فى الحد الثانى منها . وعلى كل حال لابد من التلاصق من حدين — م ت ق ، ١٤ ، ٧١ — ٢٧ ، ١٠٢ — ١٤ ، ٧ و ٧١ — ٣٠ ، ٤٢٨ — فتحى زغلول باشا س ٨٧ (٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٤ ن ٧٠ — فوجور ص٢٩
(٤) استئناف م١٤مايو سنة ٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٤٢٨ — ج ع ٣ ص ٤٠٢ ن٤٢٠١
(٥) نورجو ص ٢٩ (٦) استئناف م ١٤ مايو سنة ٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٤٢٨
(٧) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٤ ن ٦٩ (٨) Communisles

فهل يجوز للشريك المالك على الشيوع [1] أن يشفع وحده دون بقية الشركاء؟ له ذلك لان القانون قرر حق الشفعة للجار المالك بالشروط المقررة دون أن يميز بين الجار المنفرد وحده [2] والجار المالك على الشيوع [3]. وعلى ذلك لا يجوز أن تدفع دعواه بحجة أن شركاءه فى الملكية لم يدخلوا معه

٤٩٦ — واذا جاز له حق المطالبة بالشفعة فكيف يحصل تقدير ثمن العقار المشفوع به، حتى يتوافر شرط أن يكون ثمن هذا العقار المشفوع به نصف ثمن العقار المشفوع على الاقل؟ فهل يقدر العقار برمته، أو يقدر نصيب الشفيع فقط؟ نرى أنه مادام قد تقرر له حق الشفعة باعتباره جاراً ولم يقيد حقه بضرورة وجود شركائه فى الملك معه فى الشفعة وما دام أنه من طريق آخر مالك على الشيوع، أى له حق فى كل جزء من أجزاء العقار المشفوع به، فتصح الشفعة لديه اذا كان ثمن المشفوع به كله مساويا لنصف ثمن العقار المشفوع، أى لا يشترط أن يكون ثمن نصيبه الشائع نصف ثمن العقار المشفوع [4] ومن باب أولى يرجع الى ثمن العقار المشفوع به كله فيما اذا طلب الشفعة جميع الشركاء على الشيوع [5]

٤٩٧ — قلنا انه يجب أن يكون التجاور أو الملاصقة من حدين. وعلى ذلك إذا وجد فاصل بين العقارين المشفوع به والمشفوع فلا شفعة

والفاصل اما أن يكون فاصلا عمومياً كالطريق العام أو المصرف العام، واما فاصلا خاصاً، كطريق مملوك للشفيع أو للمشفوع منه أو للبائع، أو مملوك لغيرهم أو كان الفاصل قطعة أرض مملوكة للبائع احتفظ بها لنفسه من الصفقة المبيعة

---

(١) Propriétaire indivis (٢) Propriétaire enclusif

(٣) استئناف م ٤ يونيو سنة ٩٠٣ م ت ق، ١٥، ٣٤١

(٤) استئناف ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ت ق، ٢٥، ١٣٩. — (ونشر هذا الحكم بالجدول العشرى الثالث ج ع ٣ ص ٤٠٢ ن ٤١٩٧، وذكر به ان الحكم نشر بمجلة التشريع والقضاء بالمجلد ٣٠ وصحته المجلد ٢٥)

(٤) استئناف م ٢ يونيو سنة ٩٠٤ م ت ف، ١٦، ٣١٣، والحكم الابتدائى الذى أيده الاستئناف منشور أيضا بنفس العدد والصفحة

فاذا كان الفاصل عاما طريقا كان أو مصرفا فلا محل للشفعة [1]

واما اذا كان الفاصل خاصاً ، طريقاً أو مصرفاً ، فهو اما أن يكون مملوكا للبائع أو للشفيع أو للمشترى ، أو للغير. فاذا كان مملوكا للبائع أو للشفيع صحت الشفعة . ولا تصح اذا كان مملوكا للمشترى أو مملوكا للغير

واذا كان الفاصل قطعة أرض استبقاها البائع واحتفظ بها فلا محل للشفعة اذا كان غرض الاحتفاظ جديا . واما اذا كان الغرض الاضرار بالشفيع وتعمد ايجاد عقبة فى سبيل حق المطالبة بالشفعة ، فتجوز الشفعة ، ولا عبرة بالفاصل الخيالى. لانه نتيجة تواطؤ بين البائع والمشترى [2] تعطيلا لحق الشفعة . والتواطؤ لا ينشىء حقا ولا يقر حقا [3]

٤٩٨ — وما القول فيما اذا كانت الصفقة تتناول عقارين (أو أكثر) وما هو مركز كل من الشفيع من المشفوع منه قبل بعضهما البعض ؟

الذى نراه أنه اذا فرض وكانت الصفقة تتناول عقارين (نقول عقارين لتسهيل عرض المسئلة) فهما اما أن يكونا مبيعين معاً بثمن واحد تناولهما معا ، واما أن لكل واحد منهما ثمناً خاصاً . واما ان يكونا متصلين ببعضهما البعض . واما ان يكونا منفصلين . وفى حالة الانفصال اما ان يكون الفاصل فاصلا عاما كطريق عمومى او مصرف عام ، واما فاصلا خاصا . وفى هذه الحالة الاخيرة اما ان يكون الفاصل ملكا للبائع او للمشترى او للشفيع او لاجنبى عن الثلاثة

فان كانا مبيعين معا بثمن واحد او بثمنين وكانت نية المشترى منصرفة الى

---

(١) فتحى باشا زغلول ص ٨٧ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٤٦ ، ن ٧٤ (٢) Fraude

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٧ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٤٥ ن ٧٣ . — ج ع ٢ ص ٢٧١ ن ٢٨٥٤ و٢٨٥٦ . — محكمة طنطا الكلية فى ١٦ يونيو ٩١٨ م ز ١ ، ٢٠ ص ٥١ عدد ٤٣ ، — ح ٣٤ ص ١٨٧ . — وهناك قضاء أهلى قديم كان يقضى بصحة هذه الجهة قانوناً : استئناف فى ٤ يناير سنة ١٨٩٨ ح ١٤ ص ٥٩ — مجلة القضاء ، ٥ ص ٢٩٢ — وحكم جزئى فى ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ ح ١٤ ص ٥٢٩ . وهذا القضاء غير صحيح لانه يعطل حق الشفعة وقد أصبح كما قررنا غير مرة حقاً مدنيا محكوما بالاحكام العامة للقانون المدنى والقوانين المسنونة بوجه عام . ولذا عدل عنه القضاء كما رأينا

استخدامهما معا لغرض واحد ، بحيث يفوته ما ينشده منهما لو سلخ احدهما عن الآخر ، فلا يكره المشترى على ترك احدهما بالشفعة ، وهو القطعة التى تتوافر فيها حتما الشفعة . بل يلزم الشفيع باخذ الاثنين . لان ضرر الجوار المحتمل وهو ضرر خيالى أكثر منه حقيقى ، لايوازى الضرر الذى يتحمله المشترى من فوات الغرض الذى يقصده من شراء العقارين معاً

وأما اذا كان من الممكن على المشترى الانتفاع بأحد العقارين [1] بعد سلخ الآخر ، فالشفعة جائزة فى العقار المجاور بالشروط القانونية . وأما بالنسبة للعقار الآخر الباقى فهل يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة أم لا يجوز له ؟ هذا العقار الآخر اما ان يكون منفصلا عن العقار المشفوع واما مجاوراً . والفاصل اما ان يكون عاماً أو خاصاً الى آخر ما قلناه . والذى نقول به فى هذه الاحوال المختلفة انه لايجوز للشفيع المطالبة بالعقار الآخر ، لان حق الشفعة حق استثنائى مرهق فلا يجوز الاخذ به خارج دائرته الضيقة المرسومة له [2]

٤٩٩ — الحالة الثالثة : ان يكون للجار المالك حق ارتفاق على العقار المشفوع ، أو العكس . وشروط هذه الحالة ما يأتى :

---

(١) فتحى زغلول باشا ص٩١ — استئناف ١٦ فبراير سنة ٩٠٧ المحاكم ٢٠ ص ٤٢٢٦ — الاستقلال ٦ ص ٢٤٤

(٢) استئناف م ١٠ فبراير سنة ١٨٩٢ م ت ق ، ٤ ، ١٣٤ ، ج ع ١ ص ٢٥٤ ن ٣١٨٩ . — دى هلس ج ٢ ص ٢٤٤ ن ٧١ مع ملاحظة انه ورد بنبذة دى هلس المذكورة ان الحكم منشور بالمجلد ٦ وصحته ٤) واذا كان العقار المشفوع مبيعا مع الآخر صفقة واحدة وبثمن واحد فيمكن تقويمه بمفرده بنسبة العقارات الاخرى à la ventilation استئناف ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦ عدد ٦٥ — على ان دى هلس ، ج ٣ ص ٢٤٥ ن ٧٢ ، لايرى مع ذلك الاخذ بالقاعدة بوجه عام الا اذا كانت هناك ارض فاصلة بين العقارين المبيعين وكان هذا الفاصل مملوكا للغير أو للبائع نفسه وكان العقاران المبيعان قابلين لنوع واحد من الزراعة . أما اذا كان الفاصل قناة رى ولو كان عاماً فانه لايعتبر فاصلا ما دام انه قائم بين عقارين مملوكين لمالك واحد . وكذلك الحال فيما اذا كان الفاصل طريقاً عاماً . أما نحن فانا لانقر دى هلس على هذا الرأى للاسباب التى بيناها — أنظر فتحى باشا زغلول ص ٩١ — ٩٢

أولا . — ان يكون الشفيع جاراً . ولا يشترط فى الجوار ان يكون من حدين كما فى الاراضى الزراعية . بل يكفى ان يكون الجوار بالملاصقة فى أى مكان من العقار المشفوع [١] ، سواء كان هذا العقار أرضاً مبنية أو أرضاً معدة للبناء أو أرضاً زراعية

ثانياً . — يجب ان يكون الجار مالكا بالمعنى الذى أوضحناه فى المالك الجار فى الحالتين السابقتين . وعبارة الملك هذه مستفادة من النص الفرنسى للمادة الاولى حيث ورد بها « المالك الجار »[٢] ولم ترد بالنص العربى كلمة المالك وهو نقص فى الترجمة

ثالثاً . — يجب ان يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به ، أو العكس . أى يكون للعقار المشفوع به حق ارتفاق على المشفوع ، كحق المرور أو حق الرى أى وجود مسقاة بأحد العقارين فى خدمة الآخر [٣] وان يكون حق ارتفاق موجوداً قبل ظهور حق الشفعة . وعلة الشفعة فى حالة ما اذا كان العقار المشفوع به هو المرتفق به أى المحمل بالأرتفاق علة ظاهرة . لان الشفعة تعتبر فى هذه الحالة وسيلة فى زوال حق الارتفاق ومضايقاته اذا اجتمع العقاران ، المشفوع به والمشفوع ، فى يد واحدة ، حيث لا ارتفاق للمالك على عقاره . وهذا التشريع من جانب الشارع ظاهر الفائدة

اذا علم ذلك فما هى الحكمة من تقرير حق الشفعة فى حالة ما اذا كان العقار المشفوع به هو العقار المرتفق ، أى المنتفع بالارتفاق ، والعقار المشفوع هو

(١) فتحى زغلول باشا ص ٨٨ . استئناف م ٢٩ مارس سنة ١٩٢١م ت ق ، ٣٣ ، ٢٤٤

(٢) Propriétaire voisin

(٣) ويراد بحق الارتفاق الارتفاق الذى تقرر ليكون فى مصلحة أحد العقارين . وعلى ذلك لاشفعة فيما اذا كان لكل عقار نظام خاص بالرى ، وفصل العقارات عن بعضها البعض بقناة رى لتكون فاصلا بينهما وليستخدمها كل من المالكين تسهيلا للرى لهما معاً ، دون ان يكون أحد المالكين ملتزما بالتزام ما : ع ع ٣ ص ٤٠٣ ن ٤٢٠٥ و ٤٢ — استئناف م ٢٣ مارس سنة ٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ٢٢١

العقار المرتفق به ، ما دام ان بيع العقار المشفوع لا يؤثر على حق الارتفاق المحمل به ؟ لعل الحكمة ان الشارع يرغب في جمع العقارين بيد واحدة حتى يتمكن صاحب العقار المرتفق ، وهو الشفيع ، من الانتفاع بحق الارتفاق انتفاعا كاملا باعتباره مالكا منفرداً للعقارين بدلا من تركه على حالته الاولى التي يعتبر فيها كأنه مالك شريك وفي هذه الحالة تصبح حقوقه منتقصة [1]

فاذا لم تتوافر هذه الشروط الثلاثة فلا شفعة . وعلى ذلك لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أو المرتفق به المطالبة بحق الشفعة ، اذا كان غير ملاصق للعقار المشفوع [2] وأما ارأى القائل بجواز الشفعة دون شرط الملاصقة [3] فهو في نظرنا غير صحيح لان نص القانون صريح في شرط الجوار . ولا جوار بلا ملاصقة في مسائل الشفعة [4]

وما دام ان حق الارتفاق ، فيما اذا كان العقار المشفوع هو العقار المرتفق أي المنتفع بالارتفاق ، هو السبب القانوني للشفعة ، مع توافر الشروط القانونية الاخرى ، فانه يجوز للمشتري ان يتنازل عن حق الارتفاق المقرر له ، وبذا يزول حق الشفعة ، فلا تقبل دعوى الشفيع وقتئذ [5]

٥ — في تزاحم الشفعاء

٥٠٠ — قد يقع وكثيراً ما يقع ان يتعدد الشفعاء . فبدلا من ان يكون الشفيع واحداً يكون أكثر من واحد . والشفعاء مع تزاحمهم اما ان يكونوا من طبقة واحدة كجملة جيران يطلبون عقاراً واحداً بالشفعة ، أو من طبقات

---

(١) دي هلس ج ٣ ص ٢٤٨ ن ٧٩ (٢) فتحي باشا زغلول ص ٨٨ — دي هلس ج ٣ ص ٢٤٨ ن ص ٢٤٨ ن ٨١ (٣) استئناف م ٢٧ فبراير سنة ٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ، ١٦٤ . — م ر م ، ٢٧ ، ١٦٦ (٤) ويستند هذا القضاء الذي نخالفه الى ان قانون الشفعة لم يشترط في حالة الارتفاق شرط الملاصقة التي اشترطها في حدين في الاراضي الزراعية وحد واحد أو نقطة من حد في أراضي البناء : حكم ٢٧ فبراير سنة ٩٠٢ المذكور

(٥) دي هلس ج ٣ ص ٢٤٨ ن ٨٠ — استئناف ٥ فبراير سنة ٩٢٢ المحاماة ، ٢ ص ١٨٢ رقم ٥٥ — استئناف م ١٥ مارس سنة ٩٠٦ م ت ق ، ٣١ ، ٢٨١

مختلفة كشريك فى العقار المبيع يطالب بالشفعة على الجار المـالك . ولـكل من الحالتين أحكام خاصة

١ — المتزاحمون من طبقات مختلفة

٥٠١ — اذا كان المتزاحمون من طبقات مختلفة يراعى الترتيب الذى ورد بالمادة ٧ أى يراعى الترتيب الآتى : أولا مالك الرقبة فى حالة بيع حق الانتفاع ثانياً — الشريك فى العقار المبيع على المشاع . ثالثا — صاحب حق الانتفاع فى العقار المبيع . رابعاً — الجار المالك سواء كان جاراً بشروط الجوار لارض بناء أو أرض زراعية ، أوجاراً لعقاره أو على عقاره حق ارتفاق للعقار أو على العقار المشفوع . وبهذا الترتيب تترتب درجة الافضلية بين الشفعاء . بحيث من كان فى المرتبة الثانية مثلا لا يتقدم على من هو فى المرتبة الاولى . بل يبقى كل محتفظاً بدرجته لا يتقدمه من دونه ولا يزاحمـه فى حقه ولا يتقاسم معه فيـه . وأما من يترك مرتبته من هؤلاء الشفعاء ولم يطالب بحق الشفعة فيأتى بعده من يتلوه مباشرة فى الدرجة التالية ويطالب بالشفعة فى العقار المشفوع كله

واذا فرض وكان المشترى للعقار المشفوع من ضمن الشفعاء طبقاً للمادة الاولى فانه يجب أن يراعى فيه أيضا حكم المادة ٧ المذكورة من حيث رتبته فى الشفعة . وفى ذلك تقول المادة ٨ ما يأتى « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالاولوية ولو كان المشترى حائزاً لما يجعله شفيعاً باعتبار ماذكر فى المادة الاولى » بمعنى أنه اذا فرض وكان المشترى شريكا للبائع ووجد مع ذلك جار ملاصق للبيت المباع وجب اعتبار المشترى شفيعاً بجانب الجار الشفيع . وبما أن الاولوية للشريك على الجار وجب تفضيل المشترى على الجار . بمعنى أن العقار يبقى فى مال المشترى دون الحاجة الى اجراءات الشفعة التى لا يمكن حصولها منه فى مواجهته بالذات باعتباره شفيعاً ومشتريا فى آن واحد[1]

---

(١) ولـكن هل يجوز له التخلى عن رتبته فى الشفعة ، الامر الذى يترتب عليـه حصر حق

ب — المتزاحمون من طبقة واحدة

٥٠٢ — حكم تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة نصت عليه المادة ٧ فى آخرها بما يأتى : « فاذا تعدد [1] مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه [2] واذا تعدد الجيران يقدم منهم [3] من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » [4] بمعنى أنه اذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة وجب تقسيم العقار المشفوع بينهم بنسبة أنصبائهم . وعلى ذلك :

اذا فرض وتزاحم من لهم المرتبة الاولى من الشفعاء وهم طائفة مالكى الرقبة بان فرض وكان العقار لثلاثة . مالكا رقبة وصاحب حق انتفاع واحد . وباع المنتفع حقه ، صحت الشفعه لمالكى الرقبة ، ووجب تقسيم حق الانتفاع المشفوع عليهما بنسبة نصيبهما ، فاذا فرض وكان لاحد مالكى الرقبة الثلث وللآخر الثلثان أخذ الاول منهما ثلث حق الانتفاع فى العقار كله واختص الآخر بثلثى الانتفاع بالعقار

واذا تزاحم الشركاء وهم أصحاب المرتبة الثانية اتبعت القاعدة المتقدمة . فاذا

الشفعة فى الجار الملاصق وقيام الجار باجراءات الشفعة فى مواجهة المشترى والبائع ؟ ان القول بان الجار شفيع فى المرتبة الثانية بالنسبة للشريك (وهو المشترى) قول صحيح مقبول . ولكن الذى لا يقبل بسهولة القول بجواز تخلى المشترى عن حق الشفعة . اذ كيف يحصل ذلك التخلى ، وماهى أماراته وعلاماته الدالة عليه ، مع ان المشترى هذا معفى من اجراءات الشفعة بحكم استحالة حصولها منه فى مواجهة نفسه . أى لا يمكن عقلا القول بصدور أعمال من جانب المشترى تدل على تنازله الصريح أو الضمنى فى الوقت الذى يصبح فى آن واحد ولحظة خيالية واحدة مشتريا ومالكا بالشفعة بلا اجراءات . اذ الملكية تثبت لديه بالتعاقد والتسجيل وبالشفعة : كل ذلك فى لحظة أقصر من لمح البصر بحيث يحصل تأكيد الملكية لديه بالشفعة عقب التسجيل حالا وبلا زمن يفهم معه امكان القيام بأى عمل أو اشارة ما . — اذا علم ذلك أمكن القول بعدم جواز صحة القول بتنازل المشترى عن حقه فى الشفعة . أما اذا أريد نقل ملكية العقار الى الشفيع من الدرجة التالية فلا بد من تعاقد عادى مع تسجيله لنقل الملكية

(١) Concours (٢) Dans la proportion de ses droits
(٣) La préférence appartient à celui (٤) un plus grand avantage

فرض وكان هناك عقار مملوك لثلاثة على الشيوع ، لاولهما فيه النصف ولكل من الآخرين الربع وباع أحد الاخيرين نصيبه ، قسم الربع المباع على صاحب النصف وصاحب الربع الآخر ، فيأخذ أولهما ضعف ما يأخذ الآخر ، أى يأخذ السدس ($\frac{١}{٤} \div ٣$) × ٢ = $\frac{١}{١٢}$ × ٢ = $\frac{٢}{١٢}$ = $\frac{١}{٦}$ ، ويأخذ الآخر نصف السدس أى $\frac{١}{١٢}$ من العقار

واذا تزاحم أصحاب الانتفاع وهم من ذوى المرتبة الثالثة طبقت عليهم القاعدة السابقة أيضاً . فاذا فرض وكان هناك عقار لثلاثة ، منتفعان ومالك رقبة ، وباع هذا الاخير حقه فى الرقبة ، قسم هـذا الحق على المنتفعين . فاذا كان لاحد المنتفعين الثلثان وللآخر الثلث الباقى أصبح المنتفع بالثلثين مالكا للرقبة فى ثلثى العقار ، وللآخر الثلث الباقى من رقبة العقار.

واذا تزاحم الجيران وهم أهل المرتبة الرابعة فان الشارع خالف القاعدة المتقدمة وأبى تقسيم العقار المبيع عليهم بنسبة حصصهم ، ورأى أن يجعل العقار المشفوع لمن تتبين له مصلحة ظاهرة فى الاستئثار وحده بالعقار . فاذا وجد جاران شفيعان لبيت فضل من كان جواره أكبر ، كأن يفضل من يحد العقار المشفوع من حدين على من يحده فى حد . واذا اتحد الجاران فى قيمـة الحدود وكان لاحدهما حق ارتفاق على العقار المشفوع ، أو كان لهذا العقار حق ارتفاق على عقـار الجار ، فضل من له أو عليه حق الارتفاق على الجار الآخر . والمسألة موضوعية متروكة لظروف الدعوى وتقدير المنفعة

٥٠٣ — ويحصل أن يتعذر التفضيل اذا تساوت مصلحة الجيران . وهنا قال رأى بجواز تقسيم العقار المشفوع على الجيران الشفعاء ، برغم أن المادة ٨ لم تحكم الا بالافضلية لواحد دون الباقين كما يفهم من صيغتها (راجع على الاخص النص الفرنسى)[١] وحجته أن هذا الرأى يقره العقـل ويطابق ما قرره قانون الشفعة فى بعض مناحيه من جواز تقسيم العقار المشاع على من تساووا فى اعتبارات

(١) La préférence appartient à celui

واحدة [١] وان فقهاء الشريعة الاسلامية أباحوا قسمة العقار على الجيران [٢] ورأى يقول بعدم جواز قسمة العقار على الشفعاء لان صيغة المادة ٧ المذكورة وردت بالمفرد لا بالجمع ولان الشارع أراد بهذه الصيغة مخالفة ما قرره فقهاء الشريعة. ولانه ليس من المستحيل على القاضى العثور على ظرف من ظروف الدعوى تترجح معه كفة المصلحة لاحد الجيران على الآخرين [٣] واذا كان أحد الجيران هو المشترى نفسه وجب من باب أولى تفضيله على بقية الجيران [٤] لانه فى حالة الشك يجب تفسير القانون لمصلحة واضع اليد وهو المشترى أخذاً بالقاعدة الرومانية القائلة بأنه اذا تساوى الخصمان فضل واضع اليد [٥] وهذا هو ما نقره لانه يتمشى مع روح المادة ٧ ولانه بهذا الرأى يوجز الاشكال ويقضى بالعقار المشفوع لجار واحد دون تقسيمه

٥٠٤ — واذا كان عدد الشفعاء أكثر من واحد ومن طبقة واحدة وشفع بعضهم دون البعض الآخر، صح لمن شفع منهم المطالبة بالعقار المشفوع كله دون أن يكره على أن لا يأخذ الا نصيبه [٦] ونرى أن يقسم عليهم طبقاً لانصبتهم لا على عدد رؤوسهم [٧] واذا فرض وشفع الكل ولكن سقط حق أحدهم لقيامه بالاجراءات القانونية بعد الميعاد المضروب فهل يجوز مع ذلك لبقية الشفعاء أن يشفعوا فى نصيب من سقط حقه فيه ؟ أجاب القضاء بالايجاب [٨]

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٥٢ ن ٩٠ (٢) استئناف م ٢١ ابريل سنة ٩٠٤ م ت ق، ١٦، ٢٠٥ (٣) فورجور ص ٣٥ — استئناف م ١٦ يونيو سنة ٩٠٤ م ت ق، ١٦، ٣٣١ — ٣١ مايو سنة ٩٠٦، ١٨، ٣١٦ (٤) ٢١ ابريل سنة ٩٠٤، ١٦، ٢٠٥ — ٢ ديسمبر سنة ٩٠٦، ١٩، ٤١ — ٧ مارس سنة ٩٠٧، ١٩، ١٦٩ — ١٦ مايو سنة ٩٠٧، ١٩، ٢٦٣ — دى هلس ج ٣ ص ٢٥٢ و ٢٥٣ ن ٩١ و ٩٢

(٥) in pari causa melior est causa possidentis : استئناف م ١٦ يونيو سنة ٩٠٤ السابق الذكر وهو المؤيد للحكم الابتدائى الصادر فى ١٠ مايو سنة ٩٠٤ والمنشور بالمجلد نفسه ١٦، ٣٣١ (٦) مصر الكلية فى ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٩ ح ١٤ ص ٣٣٩

(٧) عكس ذلك حكم ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٩ المتقدم. ويلاحظ أنه صدر قبل صدور قانون الشفعة الذى قرر قاعدة القسمة بالرجوع للانصبة لا للرؤس، بالمادة ٧ (٨) استئناف م ٢١ مايو سنة ٩٠٨، ٢٠، ٢٤٣

٥٠٥ — واذا كان المشترى نفسه ممن يجوز لهم الاخذ بالشفعة، فيما اذا لم يكن مشتريا، أى اذا كان المشترى من ضمن الشفعاء من طبقة واحدة، فهو اما أن يكون من احدى الطبقات الثلاثة المبينة بالمادة ٧، أى من طبقة ملاك الرقبة والشركاء على المشاع وأصحاب حق الارتفاق. واما أن يكون من الطبقة الرابعة وهى طبقة الجيران

٥٠٦ — وقد رأينا حكم المادة ٧ بشأن المتزاحمين فيما اذا كانوا من طبقات مختلفة. وقلنا ان الاولوية فى الطبقات الثلاثة الاولى من المادة ٧ لمن كان الاول فى المرتبة، وأن الاولوية فى الطبقة الرابعة، طبقة الجيران، لمن كان العقار المشفوع أصلح له مهما قيل بتعادل المصلحة بين الجيران، لانه لابد وأن يكون لاحدهم منفعة أظهر عن غيره. ثم رأينا حكم المادة ٨ وهو تقدير الافضلية للمشترى اذا كان معتبراً شفيعاً وكان فى مرتبة متقدمة على مرتبة المزاحمين له

واذا كان حكم المادة ٨ هو كما رأينا فى حالة اعتبار المشترى شفيعاً، وأنه من مرتبة أرقى من مرتبة المزاحمين، وان له الاولوية عليهم، فما هو اذن الحكم فيما اذا كان المشترى هذه المرة من طبقة واحدة مع مزاحمين له من طبقته، أى كان المشترى والمزاحمين من مرتبة واحدة؟ فهل يؤخذ هنا بقاعدة التقسيم التى قالت بها المادة ٧ فى قولها «فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه» وعلى ذلك لا يشفع المزاحمون للمشترى الا فى جزء من العقار بقدر نصيبهم فيه وأن الجزء الباقى المناسب لنصيب المشترى يبقى تحت يده باعتباره شفيعاً؟ أم يؤخذ من طريق القياس بالمادة ٨ المذكورة وتقرير الاولوية للمشترى، مع أن الاولوية هذه لم يقل بها القانون الا فى حالة وجوب الاخذ بها، وهى عند اختلاف مراتب الشفعاء. اذ يقضى بالاولوية لمن كان فى المرتبة الاولى. واذا تساوى اصحاب الاولوية، أى كانوا فى مرتبة واحدة فلا وجه لتفضيل البعض على البعض الآخر بل يجب التسوية بينهم فيقسم العقار المشفوع عليهم بنسبة أنصبائهم. ولم يشذ القانون عن قاعدة القسمة التناسبية الا فى حالة

الجيران . اذ ولو أنهم فى مرتبة واحدة ، الا أن الشارع رأى الافضل الحكم بالعقار لمن كان العقار أصلح له مهما قيل بالتعادل فى المنفعة

ولكن القضاء المصرى لم يشأ الاخذ بقاعدة القسمة التناسبية المقررة بالمادة ٧ ، ورأى الاخذ بالمادة ٨ من طريق القياس [١] وقضى بالاولوية للمشترى اذا زاحمه مزاحمون من طبقة واحدة معه . وحجته فى ذلك ما يأتى :

١ . — « . . . ان المادة ٧ من قانون الشفعة وضعت قاعدة الاولوية والتقسيم عند تعدد الشفعاء ، وظاهر منها أنها لا تنطبق الا بين الشفعاء الذين استوفوا اجراءات الشفعة طلباً وعرضاً ودعوى فى المواعيد . ويخرج عن تناولها الكلام فى المفاضلة أو المشاركة عند ما يتنازع الشفيع والمشترى الحائز لوجه من وجوه الشفعة المبينة فى المادة الاولى من القانون » وأن المادة ٨ قررت الأولوية للمشترى الموجود فى مرتبة أرقى من مرتبة المزاحمين له

٢ . — ان العلة التى بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة بالمادة ٧ منتفية فى حالة وجود المشترى مع مزاحمين له والكل فى مرتبة واحدة . « اذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعاء لعدم وجود وجه لتفضيل أحدهم على الباقين ، ولان الاذى بالشريك الجديد يدركهم جميعاً ، فلا وجه للتقسيم بين الشفيع بالشركة والمشترى الشريك لان الأذى منتف »

٣ . — ان فى تعامل المشترى مع المالك يعتبر وجه تفضيل لهذا المشترى على غيره ممن هم فى درجته [٢]

٤ . — ان الشفعة حق استثنائى لا بد من الدقة فى اثباته ، ويجب رفض الشفعة اذا شابها شك وعلى الاخص اذا جاء الجار وطالب بالشفعة ضد الجار الشفيع أيضاً واحتج بان العقار أصلح له [٣]

وانا لا نقر هذا القضاء المصرى أهلياً أو مختلطاً للاسباب الآتية :

---

(١) محكمة طنطا الكلية فى ١٧ مايو سنة ٩٢٠ المحاماة ١ ص ٣٤٠ رقم ٦٢

(٢) هذه هى أسباب القضاء الاهلى (٣) استئناف م ١٢ ابريل سنة ٩١٣ ، ٢٥ ، ٢٧٠ وهو حكم مكتوب باللغة الايطالية وفى ثمانية اسطر فقط

١ . — يقول القضاء ان الاولوية المقررة بالمادة ٧ خاصة فقط بالشفعاء الذين قاموا فعلا باجراءات المطالبة بالشفعة . والاولوية المقررة بالمادة ٨ خاصة بالحالة الثانية فيما اذا كان أحد الشفعاء هو المشترى . وأن التقسيم التناسبى المنصوص عنه بالمادة ٧ بين الشفعاء من مرتبة واحدة خاص بحالة الشفعاء المطالبين فعلا بالشفعة أى الذين قاموا باجراءاتها . وأما اذا كان من بين الشفعاء من المرتبة الواحدة واحد مشتر ، أى له الشفعة دون الحاجة بالقيام باجراءاتها ، فانه لا محل للتقسيم التناسبى ، بل يقضى للمشترى قياساً على الاولوية المقضى بها فيما اذا كان المتزاحمون من مراتب مختلفة وكان المشترى بالمرتبة الاولى ، لان علة التقسيم انتفاء مبرر الاولوية ، لان المشترى أجنبى . وأما اذا كان غير أجنبى وكان منهم فلا مبرر للتقسيم ، بل يقضى للمشترى بالاولوية لان فى تعامله مع البائع بالشراء دون الآخرين معنى تفضيله عليهم

وهذا القول لا نقره من حيث تقرير الاولوية للمشترى الموجود فى مرتبة واحدة مع المزاحمين . لان الاولوية المقضى بها بالمادة ٨ فى حالة تزاحم الشفعاء من مراتب مختلفة ، وفى حالة وجود المشترى من بينهم ، هى نفس الاولوية المقضى بها بنفس المادة ٧ عند ما رتبت الشفعاء تبعاً لدرجاتهم فجعلتهم أربعة ، يفضل المتقدم منهم المتأخر عليه ، مع مراعاة ما تقرر خاصة بحالة الجيران . فلم تأت المادة ٨ بحكم جديد لم تقره المادة ٧ . نعم وان كان يفهم من المادة ٧ انها خاصة بحالة الشفعاء الذين طالبوا فعلا بالشفعة ، وان الاولوية المقررة بها هى خاصة بهذه الحالة فقط ، وان المادة ٨ جاءت وقررت الاولوية فى حالة ما اذا كان من بين الشفعاء من لم يقم باجراءات الشفعة ، وهو المشترى ، الا أنه اذا لم توجد المادة ٨ فالاولوية المقررة بها مستفادة أيضاً من روح المادة ٧ . اذ الاولوية مقصودة بتقدم المرتبة سواء كان صاحب المرتبة الاولى شفيعا قام باجراءات الشفعة ، أو شفيعاً لم يقم بها وهو المشترى . وعلة الاولوية فى المادتين ٧ و ٨ هى تقدم المرتبة. واذا انتفت العلة انتفى معلولها أيضا . فاذا تساوى الشفعاء فى المرتبة الواحدة اصبح

الحكم بالاولوية من المسائل الدقيقة التى لا يصح الخروج عن أحوالها المعينة . فأين المسوغ للاولوية فى حالة وجود الشفعاء من مرتبة واحدة ؟ ان كانوا جيراناً قضينا بحكم المادة ٧ أى بالحكم بالشفعة لمن كان العقار المشفوع أصلح له من الآخرين . وان كانوا من احدى الطبقات الثلاثة الاخرى قضينا بالتقسيم التناسبى . وأما القول فى أن فى شراء المشترى وحده دون الآخرين معنى لوجه أفضليته على زملائه فهو تسويغ لم يقل به القانون . ولا يجوز أن يقال به . والا لو صح الاخذ به فى مجموعه وتقرر بان يكفى لحصول الشراء من أحد الشفعاء حتى يفضل المشترى بذلك بقية الا خرين ، لترتب على ذلك هدم حكم الأولوية المقرر بالمادتين ٧ و ٨ ، بل وهدم التقسيم التناسبى المقرر بالمادة ٧

٢ — ان التقسيم التناسبى حق مستفاد من قانون الشفعة بالذات ، ومستفاد من القواعد العامة . لانه اذا فرض ووجد عقار مملوك لشركاء ثلاثة مثالثة وباع أحدهم نصيبه لأحد الشريكين ، فانه يترتب فى الحال بمجرد حصول البيع حق مقرر لكل من المشترى والشريك الثالث الباقى ، وهو حق الشفعة . أما حق المشترى فى الشفعة فظاهر اذ يبقى جزء من القدر المبيع بيده بسبب الشفعة. وأما الجزء الآخر فهو حق الشريك الثالث . ولا يزول هذا الحق عن صاحبه الا باحد الأسباب القانونية المقررة اما بقانون الشفعة واما بالقواعد العامة .

واما والقول بزواله بالأفضلية الناشئة عن تعامل المشترى دون الشريكين الآخرين فهوقول لا يؤيده نص قانونى ولا تؤيده القواعد العامة . وان قيل بأن شرعية حق الشفعة دريء الضرر ، ولا ضرر حيث لم يدخل فى الشيوع أجنبى ، بل دخله شريك أصلى ، لقلنا بأن الشفعة مقررة للشريك بوجه عام طبقا للمادة الاولى وبأن الضرر قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلا عكسيا كما قررنا

٣— وأما القول بأنه فى حالة النص يفسر القانون لمصلحة المشترى واضع اليد أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة «اذا تساوت حالة الخصوم فضل واضع اليد الحاضر»[1]

---

(1) In pari causa melior est causa possidentis

فليس هـذا محله هنا ، لانه لا شك ولا غموض بل حق الشفيع الشريك صريح لا شائبة فيه

٥) فى المشفوع منه

٥٠٧ — لدعوى الشفعة ثلاثة أشخاص : الشفيع وهو المدعى . والمشفوع منهما وهما المشترى والبائع المدعى عليهما . وقد تكلمنا عن أولهم . ويبقى التكلم الآن على الآخرين

١ — البائع

٥٠٨ — ان بمجرد تمام الصفقة بين البائع والمشترى ينفض البائع يده من العقار ويصبح المشترى الخصم فى الحقيقة فى دعوى الشفعة ويزول على الاخص أثر البائع ، ويصبح ولا مصلحة له فى دعوى الشفعة اذا قبض الثمن من المشترى . ولكن القانون برغم ذلك يقرر ضرورة اعتباره خصما فى دعوى الشفعة وفى اجراءاتها (المادة ١٤ و ١٥) بحيث اذا لم يحصل ابداء الرغبة له فى الميعاد القانونى ولم تحصل مخاصمته فى دعوى الشفعة ، تبطل دعوى الشفعة ويسقط حق الشفيع . ولكن اذا انتفت حكمة وجوده فى الدعوى فى حالة فان هناك أحوال عدة لا بد أن يكون خصما فيها لوجود مصلحة له ظاهرة بها ، كما اذا طعن فى كيان العقد بيد المشترى فقال الشفيع بأنه بيع وقال المشترى بأنه هبة ، اذ من مصلحة البائع اقامة الدليل على ان العقد هبة لانه يعتبر واهبا . وكما اذا طعن فى صورية الثمن من جانب الشفيع فقال بأن الثمن المبين بالعقد أكثر من الثمن الحقيقى المتفق عليه فى الخفاء . وكما اذا كان الثمن لم يدفع كله وتبقى عليه جزء لميعاد معين ، أو كان الثمن مقسطاً ، اذ الشفيع لا يستفيد من تأخير الوفاء بالثمن وتقسيطه ويجب عليه ان يدفعه برمته وفى الحال للبائع (المادة ١٣) . ولعل فى ضرورة ادخال البائع خصما فى الشفعة اجراءات ودعوى صلة بهذه القاعدة الهامة التى قررها قانون الشفعة اذ جعل من

نتائج الحكم بالشفعة خروج المشترى من الصفقة وحلول الشفيع محله (المادة ١٤) الامر الذى يترتب عليه حتما اعتبار البائع بائعاً لمن حل محل المشترى ، أى التزام البائع بالالتزامات الناشئة عن البيع أمام الشفيع ، كالتزام الضمان وغيره. وقد يمكن الاعتراض على ذلك فى أن البائع لا يهمه أن يكون المشترى منه زيد أو بكراً مادام أن الالتزامات المترتبة على البيع واحدة ، وما دام انه من المقرر فى الاوقات الحاضرة أن العقود ليست شخصية ولا يعول على أشخاص المتعاقدين ، الا فى العقود الخاصة بأشخاصهم كعقد ايجار الاشخاص . وأنه على ذلك لا محل لوجود البائع خصما اذ يستوى لديه أن يكون المشترى الاصلى أو الشفيع هو المشترى الحقيقى منه . نعم ان صح هذا الاعتراض فى ظاهره الا انه قد يلمح أن الشارع رأى ضرورة وجود البائع فى الدعوى حتى يتبين هذا الاخير مبلغ ما يحيط به من ظروف كانت مجهولة لديه وحتى يعلم مع من سيكون بائعاً له . وان صح القول بأن الاعتبارات الشخصية قد زالت فى الاوقات الحاضرة من أنواع التعاقد الا ما شذ منها كما ذكرنا ، الا أنه يستحيل أن يزول أثر هذه الاعتبارات بين المتعاقدين ، وعلى الاخص اذا كان من شأن التعاقد جعل أحد العاقدين مديناً بديون يدفعها فى المستقبل على أقساط . اذ لا شبهة فى أن للاعتبارات الشخصية هنا دخلا كبيراً (مثال ذلك التحويل فى القانون الاهلى والمادة ٣٤٩ مدنى) ويترتب على ضرورة وجود البائع خصما أن يتأثر الاختصاص فى الاجراءات والدعوى ، اذ تصبح الدعوى من اختصاص القضاء المختلط اذا كان البائع أجنبياً[1] وفى هذه الحالة يجب أن يكون اظهار الرغبة أيضاً على يد محضر من محضرى المحاكم المختلطة

واذا صدر الحكم بالشفعة زال أثر المشترى بعد ان يقبض الثمن كله أو بعضه من الشفيع فيما اذا سبق له دفعه كله أو بعضه . ويزول أثره أيضاً اذا لم يدفع شيئاً ما

---

(١) طنطا استئناف ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ ش ، ٢ ص ٤٨ رقم ٥٣ — دى هلس ج ٣ ن ١٠٥ ص ٢٥٨

اذ يصبح المشترى الحقيقى هو الشفيع . وهنا تسرى أحكام البيع بين الطرفين من حيث الالتزامات والحقوق المترتبة على البيع فى ذمة كل من الطرفين قبل الآخر

٢ — فى المشترى

ا — المشترى والحيل

٥٠٩ — رأينا ماقام من الخلاف فى صحة الحيل فى الشفعة وعدم صحتها وقلنا بأنه ما دام حق الشفعة قد أصبح حقاً مقرراً بالقانون فهو لا بد محكوم ومحمى بالقواعد القانونية العامة . وعلى ذلك لا تجوز الحيل فيه

ب — عقد المشترى

٥١٠ — لا تجوز الشفعة الا فى البيع . وهذا ما يستفاد ضمناً من المادة ٥ حيث قررت « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة » فاذا كان عقد المشترى غير عقد بيع فلا تصح الشفعة فيه . وعلى ذلك نرى التكلم هنا على نوعين من العقود : عقد البيع ، والعقود الاخرى خلاف عقد البيع

ج — عقد البيع

٥١١ — عقد البيع هذا وهو الذى تصح فيه الشفعة له صور وحالات مختلفة . ونرى ضرورة استعراضها الآن حتى نعلم مبلغ أثر هذه الصور والحالات فى حق الشفعة

عقد المشترى غير المسجل : قلنا ان الشفعة جائزة فيما اذا كان عقد الشفيع لم يتسجل بعد . وعللنا ذلك بأن التسجيل لم يؤثر على عقد البيع وأحكامه القانونية الا فيما يتعلق فقط بنقل الملكية . ونقول هنا بشأن عقد المشترى الذى لم يتسجل أن الشفعة جائزة أيضاً قياساً على ما قررناه هناك . ولكن نظراً لصدور احكام متناقضة بشأن الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد المشترى نرى أن الفرصة سانحة هنا على الاكثر فى بيان صحة وجهة النظر التى ارتضيناها فى القول بجواز الشفعة

عند عدم تسجيل عقد المشترى . وان كان ما يأتى من القول يتعلق بقانون التسجيل الجديد وربما يكون مكانه هناك أكثر التصاقاً ومناسبة ، الا أنا رأينا مع ذلك شرح هذه النظرية فى الشفعة لمناسبة الاحكام المتناقضة المذكورة

قلنا ان الشفعة جائزة على المشترى الذى لم يسجل عقده . وقد أيدنا القضاء فى ذلك فى ثلاثة أحكام صدرت منه للآن[1] . أما أدلتنا على صحة الرأى الذى نقول به فهى تتعلق بقانون التسجيل فى ذاته ، وبحق الشفعة فى ذاته أيضاً

٥١٢ — الادلة التى تتعلق بقانون التسجيل : لا نفيض القول هنا ، بل نحيل الى ما كتبناه بشأن قانون التسجيل فيما يتعلق بنقل الملكية الناشئ عن التسجيل ، وما يترتب على عدم التسجيل من الالتزامات الشخصية سواء كانت هذه الالتزامات خاصة بالتعويض عند استحالة الوفاء ، أو خاصة باكراه البائع على الوفاء به اذا كان ذلك غير مستحيل ولا يتعارض مع الحرية الشخصية . ونرى أن نوجز القول هنا بما يأتى :

١ . —ان التسجيل لا يؤثر على عقد البيع فى ذاته ، ولم يغير أحكامه القانونية . وعقد البيع عقد رضائى يتم بالايجاب والقبول . ولم يصبح بالتسجيل عقداً شكلياً . انما التسجيل أثر فقط فى نقل الملكية . اذ جعل نقلها معقوداً بحصوله أى حصول التسجيل . فاذا لم يحصل التسجيل فالملكية باقية على البائع . ولذا نقول ان نقل الملكية ذاته هو الذى أصبح شكلياً فقط دون بقية الاحكام الاخرى المترتبة على البيع ، بحيث لا يملك القاضى نفسه الحق فى نقل الملكية بحكم يصدر منه ، بل لا بد من القيام بالعملية الشكلية وهى حتمية حتى يحصل نقل الملكية ، وهى عملية

---

(١) محكمة المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ٩٢٤ المحاماة ، ٥ ص ٦٩١ عدد ٥٦٧ — م ر ١ ، ٢٦ ص ٨٢ رقم ٤٦ « حكم ٣ » واسيوط بحكم استئنافى فى ٢٨ مايو سنة ٩٢٥ ومصر بحكم استئنافى فى ٢مايو سنة ٩٢٥ المجموعة الرسمية المجلد ذاته والصفحة ذاتها — ويؤيدنا الفقه بمصر أيضاً : المحاماة ، ٥ ص ٧٢٩ — ٧٣٤ مقال بعنوان « تأثير قانون التسجيل الجديد على قضايا الشفعة » لواضعه الاستاذ حامد فهمى بك المحامى

التسجيل . ويتم نقل الملكية اما بتسجيل عقد البيع ، أو بتسجيل الحكم المؤيد للعقد ، أو بتسجيل الحكم المؤيد للتعاقد الشفوى الحاصل بالبيع . لأن التعاقد الشفوى بالبيع صحيح قانونا من حيث ترتيب الاحكام القانونية للبيع ، الا فيما يتعلق بنقل الملكية ، اذ لا بد فيه من التسجيل

٢ — تثبت المذكرة الايضاحية الموضوعة بمثابة شرح لقانون التسجيل أن الغرض من الالتزام الشخصى الوارد بالمادة الأولى من قانون التسجيل ، لا ينصرف فقط الى تعويض يلتزم به البائع عند عدم تسجيل عقد المشترى ، بل ينصرف اليه حقيقة والى الالتزامات المترتبة على البيع نفسه ، باعتبار أن البيع منشىء لواجبات وحقوق عند كل من الطرفين . وعلى ذلك نرى أن عدم التسجيل لا يحول المشترى دون مطالبته للبائع بتسليم العقار وضمانه من الاستحقاق البعضى أو الكلى . لأن التسجيل انما هو لمصلحة المشترى فان أجراه استفاد منه ، والا فقد يحتمل أن يضره عدم التسجيل . وما دام أن التسجيل من عمل المشترى ومن مصلحته ، على شرط عدم قيام البائع بما يعطل عليه التسجيل والا التزم بالكف عن التعطيل ، فلا يسوغ للبائع أن يستفيد لنفسه خاصة من عدم التسجيل ويدفع دعوى المشترى قبله ، اذا لم يسجل المشترى عقده ، بسبب يرجع له هو أى المشترى ، أو من باب أولى يرجع للبائع

٣ — ان الالتزام الشخصى المذكور بالمادة الاولى ينصرف الى التزام البائع بالقيام بجميع الالتزامات التى ترتبت على البيع من تسليم العقار وضمانه والعمل على منع تعرض الغير للمشترى فى العقار فيما اذا ادعى الغير هنا حقا عينياً عليه. ولذلك يلزم المشترى بالوفاء بالتزاماته المترتبة على البيع ، بان يدفع الثمن فى ميعاده ، دون أن يحتج بعدم نقل الملكية اليه بسبب عدم تسجيل العقد

٤ — ان البيع وحصوله وما يترتب عليه من الاحكام أمر ، والتسجيل أمر آخر . اذ التسجيل خاص فقط بنقل الملكية . بحيث اذا لم يحصل التسجيل فلا يجوز للبائع التعرض للمشترى ، ولا أى شخص آخر . انما يحدق الخطر بالمشترى

فيما اذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتر حسن النية ويسجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل المشترى الاول . اذ تثبت الملكية فى هذه الحالة للمشترى الثانى دون الاول

٥١٣ — الادلة التى تتعلق بحق الشفعة . يولد حق الشفعة بمجرد حصول البيع . نعم ولو أن جميع أركانه موجودة من قبل حصول البيع ، الا أنه بركن البيع يوجدحق الشفعة وجودا قانونياً ذو أثر فى مال الشفيع . وحق الشفعة هذا حق مدنى تتمشى عليه الاحكام العامة للقانون ، الا فيما نص عليه قانون الشفعة بالذات . ولا يمكن اعتبار عقد البيع غير المسجل من العقود الخاصة [١] التى تجمع بين البيع وغير البيع كالوفاء بمقابل [٢] ، أو كالبدل والصلح ، وهى العقود التى لا تجوز فيها الشفعة ، لانها ليست عقود بيع صحيح ، بل عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع بالمعنى الصحيح ملزم لطرفيه اما بالقانون المدنى وما قرره بشأن البيع واما بنفس قانون التسجيل ذاته فيما قرره من الالتزامات الشخصية المنوه عنها بالمادة الاولى . والمشترى الذى لم يسجل عقده يعتبر مشتريا بالمعنى القانونى . وكذلك البائع له يعتبر قانونا البائع ولا محالة . واذا كانت الملكية لم تنتقل بعد الى المشترى بسبب عدم التسجيل ، هذا من جهة ، وكان البائع ملزماً بتسليم العقار وعدم التعرض للمشترى وضمانه ، هذا من جهة أخرى ، فان المشترى يعتبر فى نظرنا ، وكما أثبتنا ذلك عند شرحنا لقانون التسجيل ، انه مالك على شرط التسجيل ، والشرط توقيفى . فاذا تم اعتبر مالكا من تاريخ العقد على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب قد اكتسبه الغير بحسن نية على العقار وسجل عقده قبله . ويترتب على الاثر الرجعى للتسجيل صحة التصرفات الحاصلة من المشترى قبل التسجيل

واذا كان للتسجيل فى نظرنا أثراً رجعيا ، وكان عقد المشترى غير المسجل عقداً معلقاً على شرط توقيفى فيما يتعلق بنقل الملكية ، فلا نرى محلا للقول

(١) Sui generis (٢) Dation en paiement

بعدم جواز الشفعة عن عقد لم يتسجل . وعلى الاخص اذا لاحظنا أننا نأخذ بجواز الشفعة فى العقود الشرطية

٢ — ان حق الشفعة يولد بمجرد حصول البيع دون التوقف على التسجيل. والا اذا قيل العكس لترتب على ذلك أن المشترى يعمل على تعطيل حق الشفعة لدى الشفيع فلا يستطيع المطالبة به حتى يحصل التسجيل . وحق الشفعة هذا حق مدنى كما قررنا فهو محمى بالأصول القانونية العامة [1] وما دام أن حق الشفعة متصل بعقد البيع فهو يتأثر به حتما . فاذا كان المشترى غير المسجل مالكا على شرط التسجيل ، أصبح حق الشفعة أيضا حقا شرطيا : فاذا بيع العقار ثانيا من نفس البائع وسجل المشترى الثانى حسن النية عقده أصبح المشترى الاول غير مالك ، وتعطل وقتئذ حق الشفعة

ولكن ما القول فيما اذا سجل الشفيع فى هذه الحالة ورقة اظهار رغبته فى الشفعة قبل تسجيل عقد المشترى الثانى ؟ فهل تجوز له مع ذلك السير فى الشفعة أم أن عقد المشترى الثانى المسجل يحول دون ذلك ؟ ان الامر فى ذلك يرجع الى أحكام التسجيل وجوهره طالما أنه لم يؤخذ للآن بنظرية السجلات العقارية ، اذ التسجيل فى الوقت الحاضر تسجيل شخصى يرجع الى الاشخاص ، لا عينى يرجع للعقار : وعلى ذلك لا يستطيع المشترى الثانى معرفة تسجيل انذار الاخذ بالشفعة ، وهو الانذار المسجل ضد المشترى الاول فقط دون البائع ، ولمصلحة الشفيع لانه لا يعرف المشترى الاول بسبب عدم تسجيل عقد هذا الاخير حتى كان

(١) ولقد جرينا فى سياق شرحنا لنظرية الشفعة على أن نعمل على ضوء مبادىء القانون المدنى والقوانين المصرية المجموعة codes . ولم نشأ الرجوع الى أحكام فقهاء الشريعة الاسلامية فى الشفعة ، أخذاً بما قررناه فى عهدنا الاول للشفعة . وقد لاحظنا أن الفقه بمصر يجرى فى شرحه لقانون الشفعة على طريقة الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، وهو فى نظرنا اسلوب لا يصل به الباحث الى حل مسائل الشفعة حلا قانونيا عصريا يأتلف والاصول المدنية المصرية. وان جاز الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية ، فلا يكون الا من طريق الايضاح التاريخى ، لا من طريق تأييد المذهب القانونى الحاضر لان الاصول القانونية الحاضرة بوجه عام وقانون الشفعة بوجه خاص ، قد تناقضت كثيراً مع أحكام الشريعة الاسلامية سواء فى حق الشفعة او فى غيره من احكام المعاملات

يكشف عن التسجيلات المقيدة ضده . ولانه لو عرفه بتسجيل عقده ، أى عقد المشترى الاول ، لامتنع عن الشراء من البائع الاصلى سواء كان هناك انذار بالشفعة مسجلا أو غير مسجل

وبعبارة أخرى ان الشفيع لا يعتبر متصلا فى الحقيقة بالبائع ، انما اتصاله هو بالمشترى . والشفيع أجنبى عن البائع لا تربطه واياه صلة ما

على أن وجهة النظر تتغير اذا فرض وتسجل انذار الشفعة ضد المشترى الاول وهو غير معلوم للمشترى الثانى ، وضد البائع معاً . اذ فى هذه الحالة يعتبر المشترى الثانى عالماً بوجود حق شفعة يطالب به شفيع بسبب سبق التصرف فى العقار الذى يريد شراءه من البائع . ونقول انه يعتبر عالماً لانه ما دام يبحث فى التسجيلات المتوقعة ضد البائع فهو سيعلم حتما بوجود انذار شفعة مسجل ضده وبذلك يستطيع معرفة أن هذا العقار سبق بيعه للمشترى الاول . وفى هذه الحالة لا يعتبر المشترى الثانى حسن النية ، ولا يستفيد من تسجيل عقده وهو المسجل قبل عقد تسجيل المشترى الاول . ولكن ألا يحتمل أن يلاحظ أن تسجيل انذار الاخذ بالشفعة المذكور بالمادة ١٤ من قانون الشفعة ، انما شرع لحماية الغير كما تقول المادة ١٤ المذكورة ، وأن الغرض من الغير انما هو كل شخص يريد التعامل مع المشترى تعاملا منصباً على العقار المشفوع ، وانه يؤيد ذلك ما ورد بالمادة ٩ فى أن دعوى الشفعة ترفع على المشترى من المشترى اذا حصل الشراء قبل تسجيل انذار الاخذ بالشفعة ، أى ان الشفيع لا يلزم برفع الدعوى قبل المشترى من المشترى اذا حصل الشراء بعد تسجيل انذار الاخذ بالشفعة ؟ ويؤيده أيضاً وعلى الأكثر ما قررته المادة ١٢ من أن « كل رهن[1] وكل حق اختصاص[2] حصل عليه دائنوه ، وكل بيع وكل حق عينى[3] قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشر الآتية لا يسرى

---

(١) Les inscriptions hypothécaires

(٢) Affetations spécials

(٣) Droits réels

على الشفيع[١] ويبقى مع ذلك لاصحاب الديون . . . . » واذا كانت المادتان ٩و١٢ تفيدان أن الغير هو من اشترى من المشترى ، أو كل دائن للمشترى ترتب له حق عينى عقارى على العقار ، أوكل شخص تعاقد مع المشترى بوجه عام تعاقداً عينياً عقارياً بشأن العقار المشفوع ، لترتب القول على ذلك بأن المشترى من البائع لا يمكن اعتباره فى طبقة هـذا الغير المقصود بالمواد الثلاثة ٩ و ١٢ و ١٤ من قانون الشفعة . وعلى ذلك لا يسرى التسجيل على المشترى من المشترى ، ولا يعتبر حجة عليه ، أى لا يلزم المشترى من البـائع بالتزام البحث فى سجلات التسجيل عما اذا كان هنـاك تسجيل انذار الأخذ بالشفعة من الشفيع . فاذا لم يبحث فلا يؤخذ بنتيجة عدم بحثه . انما اذا ثبت بأنه بحث وعلم من البحث بسبق وجود حق شفعة ترتب لشفيع على العقار باعتبار أن هناك مشترياً سبق أن اشترى نفس العقار من البائع ، فيعتبر فى هذه الحالة سيئ النية ، أى أن عقده المسجل أولا لا يسرى على المشترى الاول المتأخر عليه فى التسجيل . ويترتب على صحة عقد المشترى الاول بقاء حق الشفعة بيد الشفيع

٣ — ان الشفيع فى أخذه العقار بالشفعة لا يعتبر أنه استمد حقه من نفس المشترى ، انما يستمد حقه من البائع . وهو يحل محل المشترى . ويصبح البـائع للمشترى هو البـائع للشفيع ، فيضمن له العقار فى حالة استحقاقه كلا أو بعضاً (المادة ١٣) واذا كانت هناك بقية من الثمن فلا تدفع للمشترى انما تدفع للبائع من الشفيع . واذا كان الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة فلا عبرة مطلقـاً بتسجيل عقد المشترى واعتباره شرطاً أساسياً لا يتولد بدونه حق الشفعة . بل يكفى حصول البيع وتحقق أركانه القانونية حتى يكون ذلك ذريعة لحلول الشفيع محل المشترى

٤ — ان الحـكم الذى يصدر فى دعوى الشفعة عن عقدالمشترى غير المسجل يجب أن يتنـاول البت فى حصول البيع فقط دون التعرض للملكية ، والبت فى

---

(١) Sont sans effet à l'égard du préempteur

الشفعة ذاتها . وبتسجيل هذا الحكم المثبت لحصول البيع والمثبت للشفعة تنتقل الملكية للمشترى ويتأيد حق الشفعة للشفيع طبقا للمادة ١٨ . وانتقال الملكية للمشترى بتسجيل الحكم يحصل بسبب أن الحكم يعتبر مؤيداً لعقد البيع (ويظهر أن العمل فى المحاكم المختلطة قد جرى على أنه عند تسجيل حكم الشفعة يؤخذ من الشفيع رسوماً تسجيلية عن العقد الذى لم يسبق تسجيله ، وذلك زيادة عن الرسوم النسبية الخاصة بالدعوى)

هذه هى أدلة الرأى الذى نقول به فى صحة الشفعة اذا كان عقد المشترى غير مسجل ، وهى أدلة مستفادة كما رأينا من نفس قانون التسجيل ، ومن نفس قانون الشفعة ، لا باعتبار أن الشفعة حق شرعى يجب الرجوع فيه الى أحكام فقهاء الشريعة الاسلامية ، بل باعتباره حقاً مدنياً محمياً ومحكوما بالاصول القانونية العامة المستفادة من القوانين المسنونة

٥١٤ — قلنا بأن هناك رأيا قضائيا قضى بعكس ما قررناه[1] وحجة هذا الرأى أن « حق الشفعة لا يولد قانونا الا اذا ترتب على عقد بيع صحيح مستوف للشروط المنصوص عليها فى القانون » وأن العقد غير المسجل لا يترتب عليه سوى مجرد التزام شخصى ، وأنه لا ينقل ولا يزيل الحق العينى العقارى وأن « عقد البيع غير المسجل وجد باطلا ولا أثر له فى نقل الملكية وان كانت تنشأ عنه التزامات شخصية بين المتعاقدين » و « أن تسجيل العقد بعد الاجراءات التى تمت فى الدعوى لا يصحح ما لحقه من البطلان ، بل ينشئ حقا جديداً قد يصلح أساسا لدعوى شفعة أخرى »

هذه هى أدلة الرأى الثانى وهى كما وردت بنصها فى أسباب الحكم . وهى أدلة تنقضها أحكام التسجيل الجديد ، وأحكام الشفعة ، وتخالفها على خط مستقيم وبيان ذلك :

---

(١) محكمة مصر الكلية فى ٣ نوفمبر سنة ٩٢٤ المحاماة ، ٥ ص ٣٣٣ عدد ٢٩٥ . وقد صدر هذا الحكم بعد شهر واحد من صدور الحكم الاول المؤيد لمذهبنا

١ — يقول الرأى الثانى بأن « حق الشفعة لا يولد قانونا الا اذا ترتب على عقد بيع صحيح مستوف للشروط المنصوص عليها فى القانون » وقد رأينا أن عقد البيع غير المسجل عقد بيع صحيح قانونا تترتب عليه أحكام البيع من واجبات وحقوق . وان التسجيل انما شرع فقط لنقل الملكية ، وهو من عمل المشترى وأنه يجب على البائع أن لا يعمل على ما يعطل نقل الملكية ، والا فوضى وألزم بما لا يتعارض مع الحرية الشخصية . وقلنا بأنه بتسجيل الحكم تنتقل الملكية

٢.— يقول الرأى الثانى ، بأنه لا يترتب على العقد غير المسجل سوى التزام شخصى فقط . وقد رأينا أن هذا الالتزام الشخصى كما ينطوى تحته حق المطالبة بتعويض عند استحالة نقل الملكية (كما اذا تصرف البائع مرة ثانية لمشتر ثان وسجل هذا الاخير بحسن نية قبل تسجيل المشترى الاول) فانه ينطوى تحته أيضاً الزام البائع على عدم تعطيل نقل الملكية . فاذا أصر على التعطيل كان المشترى فى حل من مقاضاته وأخذ حكم بصحة البيع الحاصل ، وتسجيل ذلك الحكم كما رأينا

٣ . — يقول الرأى الثانى بأن « تسجيل العقد بعد الاجراءات التى تمت فى الدعوى لا يصحح ما لحقه من البطلان ، بل ينشئ حقاً جديداً قد يصلح أساساً لدعوى شفعة أخرى » . وهذا انكار للاحكام العامة المستفادة من قانون التسجيل نفسه ومن مذكرته الايضاحية ، وانكار لاحكام الشفعة الخاصة بعقد المشترى المعلق على شرط . ذلك لانه وان كان من المقرر قانوناً أن التسجيل لا يصحح عقداً باطلا ولا يرفع عن العقد ماشابه من الشوائب ، الا أن تسجيل عقد البيع لا ينصب على عقد بيع باطل . لان عدم تسجيل العقد لا يبطل البيع فى ذاته . بل يترتب عليه فقط عدم نقل الملكية . وقد رأينا أن أحكام البيع غير المسجل قائمة قبل التسجيل وأن لكل من المتبايعين الحق فى مطالبة الآخر بالتزاماته . وهل يمكن اعتبار العقد الملزم قانونا عقداً باطلا ، لا يصححه تسجيل ، فى الوقت الذى يعتبر فيه انه منشئ لالتزامات قبل تسجيله ؟

وكأن هـذا الرأى يقول بوجوب الزام الشفيع بالتربص لحصول التسجيل حتى يصح طلبه بالشفعة . وكيف يمكن تحقيق ذلك عملياً ؟ ألا يلزم على ذلك ان يغشى الشفيع مكان التسجيل كل يوم حتى يعلم به ؟ وما القول فيما اذا أصر المشترى على عدم التسجيل مدة طويلة . فهل يبطل حق الشفعة لدى الشفيع هذه المدة ، حتى ولو بلغت ١٥ سـنة ؟ الذى نقول به أن حق الشفيع يتولد فى حال حصول البيع ولو كان بالتعاقد الشفوى ، دون الحاجة الى التسجيل . لان التعاقد الشفوى أو الكتابى بالبيع منشئ لحقوق وواجبات يمكن للشفيع أن يحل فيها محل المشترى ازاء البائع طبقاً للمادة ١٣ من قانون الشفعة

٥١٥ — عقد المشفوع منه الباطل : البطلان اما نسبى أو مطلق أو معدم على مذهب البطلان الثلاثى . فان كان نسبياً فانا نرى جواز الشـفعة . فاذا اشترى المشترى العقار مثـلا من قاصر ، اعتبر العقد قابلا للبطلان . ولا يحول احتمال بطلانه دون الشفيع فى أن يشفع فى العقار. فان زال البطلان تأيدت الشفعة. وان بطل العقد بطلت الشفعة [1] وما دام أن انذار الاخذ بالشفعة حاصـل فى وجه المشترى والبائع (القاصر) ودعوى الشفعة فى مواجهة الاثنين ، فلا بد لوصى البائع أو وليه (ان كان قاصراً) أو قيمه (ان كان محجوراً عليه لسـفه أو عته) أن يطعن فى العته . فاذا قبل الطعن زال العقد وزالت معه الشفعة . والا فلا . واذا بيع العقار من الوصى أو القـيم دون مراعاة شرط اجازة المجلس الحسبى فلا تجوز الشـفعة مادام أن البيع باطل . واذا فرض ولم يدفع فى دعوى الشـفعة ببطلان البيـع وقضى بالشفعة فانه يجوز أن تزول فيما بعد فيما اذا طعن فى البيع بالطريق

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٢١ ن ٨ — ويرى فتحى باشا عدم جواز الشفعة بوجه عام (ص ٨٣) ولا نرى محلا للرجوع لآراء فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذه الحالة والقول بعـدم جواز الشفعة عن عقد باطل بطلانا نسبيا (المادة ١١٥ من مرشد الحيران . وشرح مرشد الحيران ص ٩٢) بل يجب الرجوع الى الاصول القانونيـة الحاضرة عند عدم النص من الشارع : دى هلس النبذة السابقة. مع ملاحظة أنه رأى الرجوع الى الشريعة الاسلاميـة فيما اذا كان النقص فاضحا . وهو مالا نقره

القانونى . واذا كان البطلان مطلقاً فلا تصح الشفعة ، لان هذا البطلان يجعل العقد كانه لم يكن . وأما اذا كان البطلان معدماً للعقد كنقص ركن من أركانه فانا نرى هنا حكم البطلان النسبى

٥١٦ — فى عقد المشفوع منه المعلق على شرط : والشرط اما توقيفى واما فاسخ . فالشرط الفاسخ كما فى البيع الوفائى ، اذ يفسخ عقد البيع اذا استرد البائع العقار ودفع الثمن والمصاريف . وكأن البيع لم يكن . والشرط التوقيفى ما تعلق فيه انتقال الملكية على حادث مستقبل غير محقق الوقوع . فاذا وقع تحقق الشرط واعتبر المشترى مالكا من يوم العقد . واذا لم يقع فلا يعتبر المشترى مالكا . وللشرط التوقيفى والفاسخ أثر رجعى على الماضى . ففى حالة البيع الوفائى وتحقق الشرط تعتبر الملكية وكأنها لم تنتقل الى المشترى . وفى الشرط التوقيفى يعتبر البائع مالكا من وقت العقد لا من وقت تحقق الشرط . وفى الشرط الفاسخ يعتبر المشترى مالكا من وقت العقد (كالمشترى الوفائى) وفى الشرط التوقيفى لا يعتبر المشترى مالكا من وقت العقد ما دام ان الشرط لما يتحقق بعد

اذا علمت أحكام الشرط التوقيفى والفاسخ هذه فما هو حكم الشفعة ازاءها اذا كان عقد المشفوع منه معلقاً على أحد هذين الشرطين ؟

١ . — ما هو حكم الشفعة أمام عقد المشفوع منه المعلق على شرط فاسخ ؟ فهل يجوز للشفيع عقب العقد البيع الوفائى أن يشفع فى العقار ويأخذه من المشترى أم يجب عليه الانتظار حتى تمضى المدة المضروبة بالعقد والتى لا يجوز قانوناً أن تزيد عن ٥ سنوات (المادة ٣٤١/٤٢٧ مدنى) ثم يقوم بعد ذلك باجراءات الشفعة ؟ الذى نراه جواز الاخذ بالشفعة عقب حصول عقد البيع الوفائى وقبل مضى المدة . وبالشفعة يحل الشفيع محل المشترى ازاء البائع (المادة ١٣) . فاذا رغب البائع استرداد العقار عند حلول الاجل الوفائى جاز له ذلك وصح له استرداده من الشفيع . وان لم يشأ الاسترداد ظل كل العقار تحت يد الشفيع [1]

---

(١) دى هاس ج٣ ص ٢٢٥ ن ١٦ . استئناف ٢٦ ابريل سنة ٩١٣ ش ، ١ ص ٢٩ عدد ٤٣ ورأى هذا الحكم عمل مقارنة بين بيع الوفاء ، والبيع المصحوب بخيار الشرط وهو البيع

٢ — وما هو الحكم أيضاً فيما اذا كان عقد المشترى معلقا على شرط توقيفى فهل تجوز الشفعة هنا أيضا كما قررنا فى حالة الشرط الفاسخ أم لا ؟ وان كانت الملكية للمشترى فى حالة الشرط التوقيفى لا تنتقل اليه من وقت انعقاد العقد، الا أنا نرى مع ذلك جواز الشفعة فى هذه الحالة وتصبح الشفعة معلقة أيضا على هذا الشرط التوقيفى . لانه اذا تحقق الشرط اعتبر المشترى كما رأينا مالكا من وقت انعقاد العقد لا من وقت تحقق الشرط ، أى أن للشرط أثراً رجعياً . وانما نرى

الذى لا تجوز فيه الشفعة على قول فقهاء الشريعة الاسلامية . واباح الحكم الشفعة فى بيع الوفاء لان الفرق بين النوعين عظيم. لانه فى بيع الوفاء تنتقل الملكية بمجرد البيع ويصبح المشترى مالكا. وأما فى بيع الخيار فلا تنتقل الملكية الى المشترى مادام الخيار — عكس ذلك المادة ١٠٢٦ من المجلة — وعكس ذلك أيضاً استئناف م أول فبراير سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ١٠٨ ولم يذكر هذا الحكم سببا لرأيه سوى أنه يقول بأن الشفعة لا تجوز الا فى البيع البات ، Vente définitive وانه اذا حصل الاسترداد الوفائى فلا يعتبر المشترى مالكا مطلقا من وقت العقد . ويتلاحظ أن العقد كان خاصا برهن حيازى عقارى ، وأن قاعدة رفض الشفعة فى البيع الوفائى لم تأت من جانب الحكم الا على سبيل افتراض أن العقد عقد بيع وفائى مع أنه فى الحقيقة عقد رهن حيازى عقارى . كل ذلك لان العقد المعلق على شرط فاسخ ناقل للملكية للمشترى من وقت العقد أى أن المشترى مالك من وقت التعاقد . انما الملكية معرضة للزوال أو للاستمرار فى البقاء

وأما دى هلس فانه يرى هذه المرة ، وخير فعل ، ان حق الشفعة أصبح حقا مدنيا محكوماً بالقواعد العامة للقانون المدنى : ص ٢٢٥ بالاسطر الخمسة من الاسفل . وكأنه بذلك يريد الافلات بحق من أحكام الشريعة الاسلامية فى حق أصبح مدنيا صرفا — وعكس ذلك فتحى باشا ص ٨٣ . ويقول بأن الشفعة لا تجوز فى « البيع المعلق فسخه على أجل . لان فسخ البيع محقق بانقضاء الاجل . فلا وجه للشفعة ، اذ الضرر مؤقت . والشفعة شرعت لاتقاء الضرر الثابت ومن ذلك بيع الوفاء » وهذا ما لا نقره عليه مطلقاً ، لان بيع الوفاء لا يعتبر بيعاً موقوفاً على أجل ، بل موقوفا على شرط فاسخ وهو شرط الاسترداد . وانما ضرب الزمن الوفائى لتحديد مدة تحقق الشرط ولذا يكون القول بان « الضرر مؤقت » هنا قول غير صحيح . لانه يجوز أن يكون الضرر مستمراً اذا لم يتحقق شرط الاسترداد . ويجب التفرقة بين الشرط والاجل . اذ الشرط حادث غير محقق الوقوع . وأما الاجل فهو محقق الوقوع حتما . فهل الاسترداد محقق الوقوع حتما يجوز وصفه بالاجل ؟ طبعاً لا — انظر استئناف ١٤ فبراير سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٣ ص ٦٥ عدد ٤١ ومنشور بمجلة المحاماة ٢ ص ٢٢ عدد ١١ اذ قرر بان الشفعة لا تجوز الا عن عقد بيع نهائى وقرر ذلك فى حالة عقد البيع الابتدائى

ضرورة الاكتفاء بادئ ذى بدء بعمل انذار رغبة الاخذ بالشفعة المنوه عنه بالمواد ١٤ و ١٩ و ٢١ ، ثم التربص حتى يتحقق الشرط . فاذا تحقق الشرط أصبح له أيضا أثر رجعى على انذار رغبة الاخذ بالشفعة [1] . ووجب فى اهذه الحالة على الشفيع أن يقوم برفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت تحقق الشرط ، وهو الوقت الذى يعتبر ، بحكم الاثر الرجعى للشرط ، وقتا لانذار اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة . واذا لم يتحقق الشرط فلا محل للسير فى اتمام اجراءات الشفعة

٥١٦ مكرراً (١)— عقد المشفوع منه وعد بالبيع : والوعد اما أن يكون حاصلا من الطرفين واما من أحدهما . فاذا حصل من الطرفين وتعين المبيع والثمن أصبح الوعد بالبيع بيعا صحيحا نافذا وعلى ذلك تصح الشفعة. وأما اذا كان الوعد من جانب البائع وحده دون المشترى فهل تصح الشفعة؟ الوعد بالبيع هنا لا يعتبر صحيحا نافذا الا اذا قبل من المشترى . وطالما لم يقبل فلا يعتبر أن هناك بيعا . وعلى ذلك نرى أن لا شفعة حتى يقبل المشترى وعد البائع . ونرى أنه لا يجوز للشفيع الطعن فى امتناع المشترى عن الشراء ، والادعاء بأن الامتناع منصرف الى الاضرار به. لان الاضرار بحق لا يؤاخذ عليه قانونا الا اذا وجد الحق . وطالما حق الشفعة لم يولد لعدم حصول الشراء فلا سبيل لوجوده . واذا كان الوعد من المشترى

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٥ — على زكى العرابى بك ، رسالة فى الشفعة ن ٩٦ . عكس ذلك استئناف ٢ يونيو سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٣١٣ اذ قضى بعدم جواز الشفعة عن عقار بيع من الحكومة تحت مصادقة مجلس الوزراء ، وعدم جوازها أيضاً عن بيع شرطى موقوف على اجازة الحكومة الفرنسية لاتفاق كاسيل Convention Cassel — وعكس ذلك أيضاً استئناف ٢١ نوفمبر سنة ٩٥ ح ١١ ص ٣١٣ اذ قضى بعدم جواز الشفعة فى عقار بيع تحت شرط يجحف بنقل الملكية ، كأن لا يكون المشترى مالكا للمبيع ملكا تاماً الا بعد دفع آخر قسط وأنه ممنوع من التصرف فيه سواء بالرهن أو الاعطاء أو غيره الى أن تدفع جميع الاقساط . ولا نرى نحن مسوغا لهذا الحكم مادام أن الشفيع يحل محل المشترى وانه لا يجوز للشفيع أن يستفيد من تأجيل الثمن طبقا للمادة ١٣ (تجب ملاحظة أن هذا الحكم صدر سنة ٩٥ أى قبل صدور قانون الشفعة سنة ٩٠١) — وعكس ذلك استئناف ١٩ ابريل سنة ٩١١ م ر ا ، ١٣ ص ٤٦ عدد ٢٤ . وفورجور ص ١٣٣ من مجلة مصر الحديثة السابقة

وحده فلا ينفذ العقد أيضا الا بعد قبول البائع. وطالما لم يقبل فلا محل للشفعة ونلاحظ أن عقد البيع لا ينفذ الا من وقت القبول ، أى ليس له أثر رجعى . لان العقد لا يتم قانونا الا بعد تلاقى الايجاب مع القبول ، أى من وقت تلاقى الاثنين معا . واما قبل تلاقيهما فالعرض من جانب واحد لا يتكون معه العقد

واذا كان الوعد بالبيع من جانب العاقدين معاً واشترطا بالعقد الابتدائى تحرير العقد النهائى بعد انقضاء مدة معينة ، واتفقا بأنه اذا عدل أحد الاثنين عن اتمام الصفقة يدفع للآخر شرطاً جزائياً مقدراً بالعقد، فماذا يكون الحكم فى الشفعة؟ فهل تجوز الشفعة عقب العقد الابتدائى ، أى الوعد بالبيع من الجانبين ، أم لا تجوز الا من وقت تحرير العقد النهائى ؟ نقول ان الوعد من الجانبين يجعل البيع نافذاً من وقت العقد ، أى من وقت تلاقى الايجاب والقبول الحاصلين بنفس العقد . وأما اشتراط عمل عقد نهائى فلا يؤثر على البيع الذى تم ، لانه ان امتنع البائع من تحرير العقد فيمكن مقاضاته وأخذ حكم عليه بتأييد العقد الابتدائى ثم تسجيل الحكم بعد ذلك . وأما الشرط الجزائى فقد أقرته المادة ٩٨ مدنى أهلى باعتباره اختيارياً للدائن ، ان شاء طلبه هذا الاخير ، وان شاء طلب التنفيذ بالتعهد الاصلى [1] . ويجوز التعاقد على أن يكون الاختيار للمدين نفسه ، ان شاء الوفاء بالتعهد الاصلى أو الوفاء بالشرط الجزائى . فاذا تأخر المشترى عن القيام بما التزم به جاز وقتئذ للبائع اما مطالبته بالشرط الجزائى ، وهنا لا تقبل الشفعة حتما ،واما مطالبته بالتعهد الاصلى ، أى بدفع الثمن والاستلام وغير ذلك . وهنا تجوز الشفعة . ولا يتولد حق الشفعة الا فى هذا الوقت فقط . وأما

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى الالتزامات ص ٢٨١ ن ٢٩٢ وما بعدها والفروق الحاصلة بين المادة ٩٨ الاهلية والمادة ١٥٢ مختلط التى اباحت للمدين ، مع تقرير حق الاختيار للدائن ، اما فى طلب الوفاء بالالتزام الاصلى واما طلب التعويض ء الحق فى الوفاء بالتعهد الاصلى اذا طالبه الدائن بالشرط الجزائى

تاريخ العقد الابتدائى فلا يؤثر على الشفيع . واذا كان الاتفاق منصرفاً الى جعل حق الاختيار بين الوفاء بالتعهد ودفع تعويض الشرط الجزائى بيد المدين فلا عبرة أيضاً بتاريخ العقد الابتدائى ، انما العبرة بالوقت الذى يظهر فيه المشترى رغبته بين التعهد الاصلى أو الشرط الجزائى . ومن ذلك الوقت يتولد حق الشفعة [1]

٥١٦ مكرر (٢) — **عقد المشفوع منه المعطل بورقة الضد** : ان ورقة الضد تعمل وقت انعقاد العقد الصورى ويراد بها ابطال مفعول العقد الصورى . وهى لا تعتبر حجة الا على المتعاقدين وورثتهم . وأما على الغير فلا تسرى . ومن الغير الشفيع . اذ لا يحتج عليه بها حتى ولو كانت ثابتة التاريخ [2]

وما القول فيما اذا تسجلت ورقة الضد وأصبحت معلنة على الغير، فهل يحتج بتسجيلها على الشفيع ، أم لا يحتج بها عليه ؟

سنرى عند شرح قانون التسجيل أن النزاع لازال قائما بشأن ما اذا كان تسجيل ورقة الضد حجة على الغير أم لا . وكل ذلك يرجع الى القول فى معرفة ما اذا كانت ورقة الضد من الاوراق الناقلة للملكية أم هى على النقيض من ذلك مؤيدة للملكية الاولى لدى مالكها الاول . ونميل الى الاخذ بالرأى الثانى وقد بينا ذلك بالايضاح بكتابنا فى المداينات الجزء الثانى . اذ نرى أن ورقة الضد وقد جعلت البيع صوريا أيدت الملكية فى يد المالك الاصلى وقطعت فى أنه لم يحصل بيع ولا شراء . واذا كانت هى كذلك فكيف يصح القول بأنها ردت الملكية الى البائع ، أى أنها ورقة خاضعة للتسجيل ؟ وهل انتقلت الملكية حتى

(١) أنظر استئناف ١٤ فبراير سنة ٩٢١ المتقدم ذكره م ر ١ ، ٢٣ ص ٦٥ عدد ٤١ ومنشور بمجلة المحاماة ٢ ص ٢٢ عدد ١١ حيث اعتبر الشرط الجزائى من الجانبين شرطا اختياريا لكل منهما ، وانه بناء على ذلك لا يمكن اظهار الرغبة بالاخذ بالشفعة الا عند اظهار رغبة المشترى. وقال الحكم بأن حق الشفعة لايكون الاعن عقد بيع نهائى ص: ٦٧ من المجموعة بالعامود الثانى. وهو لا يرمى بذلك حتما الى العقد المعلق على شرط

(٢) استئناف م ٢٧ مارس سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٣٢ ، ج ع ٢ ص ٣٠٦ ن ٣٦٦)

يقال بان ورقة الضد ردتها الى مالكها الاول ، بورقة لم يحصل بها بيع لانها هى التى تثبت بان البيع لم يحصل ؟ وعلى ذلك نرى أن تسجيلهـا لا يعتبر حجة على الغير ، بل يعتبر البيع المسجل مقرراً لحق الشفعة برغم تسجيلها . ولكن اذا ثبت علم الشفيع بوجود ورقة الضد سواء كان علمه بها آتيا عن طريق الاطلاع على ملفات العقود ، بأن ثبت مثلا بأنه طلب شهادة من قلم التسجيل بالتسجيلات المتوقعة على المشترى ، أو كان علمه آتيا من طريق آخر ، وجب مؤاخدته بعلمه ، فلا يجوز له أن يشفع

٥١٧ — الاقالة والبيع : ان حق الشفعة لا يتقرر لصاحبه الا اذا توافرت شروطه وأركانه واجراءاته . فاذا لم يتوافر ذلك كله فلا شفعة أى لا يوجد حق الشفعة . فالجار لا يشفع لمجرد أنه جار فقط ولا لمجرد أن يحصل البيع فى العقار المشفوع ، ولا لمجرد أن يظهر الرغبة بالاخذ بالشفعة ، بل لا بد فوق ذلك أيضاً من حالة رفض المشترى اعطاء العقار بالشفعة ، من رفع دعوى الشفعة فى ظرف مدة معينة والا سقط الحق ، والمدة ليست مدة تقادم ، بل هى مدة سقوط كما أثبتنا ذلك فى حينه ، لان الحق لم يكتمل بعد ولم يتم حتى يقال بزواله بالتقادم ، بل هو لا يتم الا بتمام اجراءات معينة

واذا كان حق الشفعة لا يكتمل فى يد صاحبه ، فيما اذا كان جاراً مثلا ، الا بشروط الجوار ، وشرط بيع العقار المشفوع ، وشرط اظهار الرغبة فى أخذه بالشفعة ، فلا يمكن القول حينئذ بأن حق الشفعة أصبح حقا فى ملك صاحبه ، لا يستطيع أحد الافتيات عليه، الا اذا توافرت هذه الشروط الثلاثة المتقدمة : جوار ، ثم بيع ، ثم اظهار رغبة . اذ عند طلبه وبلوغ الرغبة المشترى يصبح الحق كاملا غير معلق على شرط . وعلى ذلك اذا لم يحصل بيع فلا شفعة . واذا حصل بيع ولم يحصل ابداء رغبة فلا شفعة . واذا حصل ابداء الرغبة ولم تبلغ للمشترى فلا شفعة . واذ بلغت للمشترى ، ولم ترفع الدعوى فى ظرف مدة معينة (مدة ثلاثين يوما) فلا شفعة. واذا جهل الشفيع البيع المسجل مدة معينة (ستة شهور)

أو البيع غير المسجل مدة أخرى (١٥ سنة) فلا شفعة. فكأن حق الشفعة بعد البيع حق معلق على شرط، وهو شرط طلبه بابداء الرغبة فيه، وتأييد الطلب بدعوى الشفعة اذا رفض المشترى التسليم. فاذا تحقق الشرط، وهو طلب الشفعة، فلا يملك أحد لا البائع ولا المشترى حق الافتيات على هذا الحق. وأما قبل طلب الشفعة وبلوغ الطلب للمشترى، فيعتبر هذا الاخير حرا فى التصرف فى الحق المترتب له على العقار. فكما يجوز له بيعه ورهنه وتأجيره، وتعتبر كل هذه الاعمال من تصرف واستغلال نافذة على الشفيع، (المادة ١٠)، فانه يجوز له التراضى مع البائع على فسخ العقد، واعتباره كأنه لم يكن، أى التقايل مع البائع. وبالتقايل ينقضى عقد البيع وتزول معالمه. ولكن هل يزول أيضا ما ترتب عليه من الحقوق على العقار؟ فاذا تقرر لدائن المشترى رهن حيازى أو غير حيازى على العقار، أو اختصاص، فهل يزول الرهن والاختصاص بمجرد التقايل، أم ان التقايل لايمس الحق المقرر للغير؟ طبعا لا يمسه. والشفعة وهى حق مقرر للشفيع على العقار ومؤيد بابداء الرغبة ووصولها للمشترى، أصبحت حقا للغير، وهو الشفيع. ومن المقرر أن حق الغير لا يمس اذا حوفظ عليه باتباع اجراءات القانون المرسومة. وأما وقد بلغ طلب الشفعة المشترى، فقد تحقق الحق المعلق على شرط، وأصبح الشفيع من طبقات الغير، لا يستطيع أحد المساس بهذا الحق ولا الافتيات عليه. أليس تسجيل طلب الشفعة بحائل دون سريان تصرفات المشترى على الشفيع (المادة ١٠)؟ بل ونقول أيضا بأن هذه التصرفات غير نافذة على الشفيع ولو لم يتسجل انذار الشفعة أى طلب الشفعة اذا كان المتصرف اليه يعلم بالانذار

وعلى ذلك اذا حصل التقايل فى البيع قبل ابداء الرغبة ووصولها فهى صحيحة. أما اذا حصلت بعد ابداء الرغبة ووصولها فهى باطلة لامفعول لها على الشفيع [١]

ولكن هل يجوز ادخال البائع نفسه فى حالة التقايل، بعد وصول انذار

(١) ويرى القضاء (استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٦ القضاء، ٣ ص ٣٢٢) إنه بالتقايل سقط البيع ونشأ بيع ثان من المشترى السابق للبائع السابق. وهذا البيع الثانى هو الذى تجوز

الشفعة الى المشترى وقبل تسجيله ، وعدم علم البائع به ، واعتبار البائع فى هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للشفيع ؟ قد رأينا ان التصرفات الحاصلة من المشترى قبل تسجيل انذار الشفعة نافذة على الشفيع . أليس حينئذ التقايل نوعا أيضا من التصرف ويعتبر نافذا على الشفيع قبل تسجيل انذاره مع جهل البائع لوصول الانذار ، نقول بالايجاب ونرى التقايل صحيحا ونافذا على الشفيع اذا وقع قبل تسجيل طلب الشفعة وقبل علم البائع به ، أى بشرط أن لا يشوب التقايل عيب العلم الاكيد أو عيب الغش والتواطؤ بين البائع والمشترى ، والا فلا ينفذ التقايل

وهل ينفذ التقايل على الشفيع فى هذه الحالة بدون قيد ولا شرط يتعلق بنفس عقد التقايل ، أم لا بد هنا من ضرورة تسجيل عقد التقايل ، أو اثبات تاريخه على الاقل ؟

أو بعبارة أخرى هل التقايل بيع جديد من المشترى السابق للبائع السابق ، أو هو مجرد نفى للبيع القديم ومحو له ولآثاره ؟ (ويقال فى الحالتين ارجاع للعاقدين الى حالتهما السابقة قبل أى تعاقد)

انا نرى أن التقايل لا يعتبر مطلقا مزيلا للعقد السابق ورافعا لآثاره القانونية. لان البيع تم بايجاب وقبول وتوافرت أركانه وشروطه، ولم تصحبه ورقة ضد حتى يقال بانه بيع صورى وأنه لم يوجد قانونا . وقررنا فى باب التسجيل على عكس ما يقرره القضاء الفرنسي وبعض رجال الفقه الفرنسى ، وبما يؤيدنا فيه بعض

فيه الشفعة . وانا لانقر هذا الرأى للاسباب التى بيناها فى أن للتقايل أثرا على الشفيع . بل اذا تحقق شرط ابداء الرغبة بطل مفعول التقايل على الحقوق المترتبة للغير . ومن طبقات الغير الشفيع حتما . لان الغير هو كل من ترتب له حق على مال المدين (وهو هنا المشترى) ولا يملك المدين التصرف فى ماله اضرارا بحق الغير — راجع زكى بك العرابى ص ١٦ — ١٨ ن ٢١ . وقد أقرنا على القول باعتبار حق الشفعة معلقا على شرط الطلب ، وعدم نفاذ التقايل على الشفيع بعد ابداء الطلب . ولاحظ أن الاقالة لا تعتبر بيعاً جديداً تجوز فيه الشفعة ، لانها فسخ بيع سابق لا انشاء بيع جديد ، وأيد رأيه باقوال فقهاء الشريعة الاسلامية

أئمة الفقه الفرنسى ، بأن ورقة الضد لا تخضع للتسجيل لانها ليست ناقلة للملكية بل هى مؤيدة للملكية السابقة التى لم تنتقل بعد . ومن المعلوم أن ورقة الضد لا تعتبر كذلك نافية للبيع ومعدمة له ومؤيدة للملكية السابقة الا اذا وجدت معاً وفى آن واحد مع عقد البيع الصورى . أما اذا تأخرت عنه فلا تعتبر ورقة ضد بل يجب اعتبارها بيعاً جديدا ناقلا الملكية من المشترى السابق باعتباره الآن بائعاً ، الى البائع السابق باعتباره الآن مشتريا . وعلى ذلك نرى أن التقايل ، وهو عدول عن بيع سابق ، لا بد من اعتباره تصرفا من المشترى فى العقار المشفوع أى بيعا منه للمالك الاصلى

واذا اعتبرنا أن التقايل بيع جديد فهل يعتبر الشفيع فى هـذه الحالة غيراً لا يسرى عليه البيع الا بشرط تسجيله قبل تسجيل انذاره بالشفعة ، أم لا بد على الاقل من اثبات تاريخ عقد التقايل ، أم لا يشترط لا هذا ولا ذاك ، ويكون التقايل نافذاً على الشفيع بلا قيد ولا شرط شكلى ؟ ان تسجيل عقد البيع ، أى عقد التقايل ، أمر يتعلق بالمشترى بالنسبة لنقل الملكية . والمشترى يعتبر مشتريا تسجل عقده أو لم يتسجل ، وتقرر له حقوق عليه فى الحالتين ، وكل ما يستطيع الشفيع أن يدفع به عقد التقايل هو اتهامه بأنه عمل بعد وصول انذار الشفعة الى المشـترى (المشترى الاصلى وهو البائع الآن) اما من طريق التواطؤ بين المتقايلين، واما بعد علم المالك الاصلى علماً أكيداً بوصول انذار الشفعة للمشترى وفى هذه الحالة يعتبر الشفيع من طبقة الغير . ولذلك نرى ضرورة اثبات تاريخ عقد التقايل حتى يكون حجة على الشفيع . ونرى فوق ماتقدم أنه يجوز للشفيع أيضاً اثبات التواطؤ حتى ولو عمل عقد التقايل وثبت تاريخه قبل وصول الانذار للمشترى ، اذا سارع المتقايلان الى التقايل بمجرد علمهما بخروج انذار الشفعة من يد الشفيع وقبل وصوله الى المشترى على يد المحضر

جـ — العقود الاخرى

غير عقد البيع

٥١٨ — رأينا حكم الشفعة فى عقد البيع وصور هذا العقد وأحكامه المختلفة . والآن نتكلم على العقود الاخرى غير عقد البيع وموقف حق الشفعة أزاءها [١].

عقد البدل : عقد البدل أو المعاوضة أو المقايضة عقد يتبادل فيه اثنان على شىء وشىء آخر. فاذا وقع الشىء كالعقار فى يد أحد المتقايضين وكان لهذا العقار شفيع ، فهل يجوز لهذا الشفيع أن يشفع أم لا يجوز . نقول لا تجوز الشفعة فى البدل . لان البدل ليس بيعاً حيث لا ثمن معين فيه [٢] واذا اصطحبت المقايضة بفرق [٣] فقد اختلفت الآراء ، اذ يرى البعض أن لا محل للشفعة [٤] ويرى الآخر أن ينظر فى أمر الفرق فان كان جسيما بحيث يجوز اعتباره بمثابة ثمن للبدل صحت الشفعة والا فلا تصح [٥] وربما كان الرأى الثانى هو الارجح لانه من المحتمل كثيراً أن تكون نية المتقايضين منصرفة الى البيع اذا كان الفرق جسيما [٦] وعلى الاخص اذا لاحظنا أن أحكام البيع تسرى على المقايضة بحكم القانون نفسه فيما لم ينص عليه بنص صريح للبدل (المادة ٣٦٠ أهلى ولا مقابل لها فى القانون المختلط) أما اذا أطلق القول بعدم جواز الشفعة مهما كان الفرق جسيما

---

(١) وما القول فى العقد الذى تتنازل فيه الحكومة عن اراض لموظف محال على المعاش فى مقابل ما يستحقه من المعاش ؟ فهل يعتبر هذا العقد بيعاً تجوز فيه الشفعة ، أو لا يعتبر كذلك . أجاب القضاء المختلط بالسلب (١٨ ابريل سنة ١٨٩١ ، ٣ ، ٢٨٦) ونحن نقر هذا القضاء ، لان عقد التنازل هذا عقد خاص مستقل بذاته sui generis لا يعتبر عقد بيع ، انما يقرب من البيع والبدل والعقد الاحتمالى . ومتى كانت وجهة الشبه قائمة به، فيحتمل معها اعتباره بيعا أو بدلا أو عقدا احتماليا ،وجب اعتباره عقداً خاصاً ذا خصائص خاصة به ، أى لا يعتبر بيعاً صرفا ، فلا تجوز فيه الشفعة

(٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٢٢ ن ٩

(٣) Soulte

(٤) فتحى باشا ص ٨٣

(٥) دى هلس ج ٣ ص ٢٢٢ ن ١٠ — فورجور ص ١٤

(٦) الهلالى بك ص ٦٤١ ن ٨٧٨

فربما يترتب على ذلك تعطيل حق الشفعة باستخدام المقايضة مع الفرق ذريعة لذلك [١]

الهبة : لاشفعة فى عقار موهوب (المادة ٥) حتى ولوكانت الهبة بعوض[٢] ولكن يراعى هنا ما قلناه بشأن البدل . فاذا كان العوض جسيما بحيث يفسر بأن الغرض بيع لا هبة صحت الشفعة ، وعلى الأخص اذا لوحظ أن الواهب والموهوب لهقد تواطآ على افراغ البيع فى صورة عقد هبة حتى تمتنع بذلك على الشفيع المطالبة بالشفعة [٣]

واذا كان من الجائز أن يكون عقد الهبة لا ينصرف الى الايهاب الحقيقى وانه يصح اثبات العكس ، أى اثبات البيع ، فكذلك نرى أيضاً ، أنه اذا كان عقد البيع يتصرف فى الحقيقة والواقع الى الايهاب ، فلا تصح الشفعة ، لان العبرة بالمعنى المرجو لدى العاقدين لا بالالفاظ المرسومة بالعقد[٤] ويستفاد ذلك من ظروف العقد وحالته الخاصة به ، كقرابة البائع للمشترى وتفاهة الثمن[٥] ويعتبر العقد فى هذه الحالة عقداً خاصا مستقلا[٦] لان الشارع لم يبح الشفعة الا فى عقد البيع ، والبيع فقط ، لا فى العقود التى تحتمل وصفا آخر[٧] وعلى ذلك تصبح

(١) فورجورص١٤ (٢) فتحى باشا ص٨٣ (٣) دى‌هلس ج ٣ ص ٢٢٣ ن ١٢ — استئناف م ٢٢ مايو سنة ٢ ، ٩ ، ١٤ . ٣١٤ وقد روى دى هلس أن الصفحة المنشور بها الحكم فى مجلة م ت ق هى ٣٣٤ وصحتها ٣١٤ كما ذكرنا (٤) استئناف أول ديسمبر سنة ١٨٩٩ ح ٦ ص ٣٨٢ — استئناف م ٢١ ديسمبر سنة ٩٣ ، ٦ ، ٧٣ — ٤ يناير سنة ٩٩ ، ١١ ، ٨٨ مجمع القضاء ص٣٤٢ ن ١١٨٨

(٥) استئناف م ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ ، ٢٣ ، ٨٩ — مع ملاحظة أن تفاهة الثمن قد لا يراد بها أحيانا الهبة بل يراد بها تخفيض مصاريف التسجيل: استئناف ١٩ نوفبر سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٤ ص٦٣ رقم ٢٧ — واذا تعين الثمن بعد مراعاة ما يشوب العقار المبيع من نزاع قائم ومراعاة حسن نية المشترى وما صرفه من المبالغ فى الوصول الى حقيقة أمر هذا العقار ، فانه ليس من العدل أن يستفيد الشفيع من هذا الظرف ويدفع الثمن المقدر بالعقد لان ذلك يعتبر اثراء له على حساب غيره . وعلى ذلك يجب رفض الشفعة : استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٢٣٩ . أنظر أيضا ٤ يناير سنة ٩٩ ، ١١ ، ٨٨ ، ٢٢ مايو سنة ٩٠٢ السابق ذكره

(٦) Contrat sui generis استئناف م ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ ، ٣ المذكور

(٧) استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٢٣٩

الهبة بهذا العقد هبة مستترة مفرغة فى قالب عقد بيع . والهبة على هذا الوجه صحيحة ولو لم تعمل بعقد رسمى طبقا للمادة ٤٨ / ٧٠ مدنى . وفى هذه الحالة يجوز للموهوب له أن يثبت أن حقيقة العقد هبة لاعقد بعوض . وللشفيع أن يثبت عكس ذلك . ونرى ضرورة أن يتوافر شرط نية الايهاب وقت انشاء العقد الساتر للهبة ، بحيث اذا وجدت نية الهبة بعد انعقاد العقد بزمن قصير أو طويل فان الشفعة تصح لأنها تكون قد توجهت لعقد بيع صحيح لاعقد هبة

ولكن كيف تثبت الهبة قبل الشفيع ؟ هل لابد فى اثباتها من ورقة ثابتة التاريخ بالقيود المقررة بالمادة ٢٢٩ / ٢٩٤ مدنى أو أنه يؤخذ فى الاثبات بجميع الادلة بما فيها القرائن وشهادة الشهود ؟ قد رأينا أنه يجوز للشفيع نفسه أن يثبت ملكيته للعقار المشفوع به بجميع أدلة الاثبات وليس ملزما بتقديم عقد ثابت التاريخ على الاقل . ونرى أنه فى مقابلة ذلك أيضاأن يجوز للمشترى اقامة الدليل بجميع أوجه الاثبات على أن الغرض من عقد البيع الحاضر انما هو الايهاب . ويمكن الاستعانة فى ذلك بالظروف التى اكتنفت العقد وقت خلقه ووجوده كتفاهة الثمن ، ورابطة القرابة وغيرها بين العاقدين ، وهى قرائن وجدت حتما مع العقد ولم توجد بعد انشائه . على أنه ان قيل بأن حق الشفيع على العقار المشفوع حق عينى بالنسبة للعقار من حيث التقاضى ، وشخص بالنسبة للشفيع ، من حيث عدم جواز التنازل عنه من طريق المضاربة ، وانه ربما يترتب على عينية الحق احتمال اشتراط اثبات تاريخ الهبة ، فلا يفوتنا القول هنا أن الهبة قد لوحظت وقت العقد بالذات ، وظروف الهبة وجدت بالفعل والواقع مع وجود العقد ، وهو عقد لبيع الساتر للهبة المستترة . وعلى ذلك يتحتم على وجود العقد المعترف به ، وجود الهبة أيضاً المستترة . وللشفيع الحق فى هذه الحالة فى أقامة الدليل بأن نية الايهاب لم توجد وقت انشاء العقد ، بل وجدت فيما بعد . وهنا يتأيد حق الشفعة ولا محالة

ولا يعتبر الموهوب له ممنوعا من الشفعة فيما اذا باع الواهب عقاراً آخر وتوافرت لدى الموهوب له شروط الشفعة فى هذا العقار الآخر ، وذلك لان

العقار الموهوب ، والذى أصبح المشفوع به ، قد انتقل للموهوب له بجميع الحقوق المقررة له

هذا وقد سبق لنا أن بينا بأن الحيل لا تقبل فى الشفعة . وعلى ذلك اذا وهب البائع قطعة أرض فاصلة بين العقار المبيع والعقار المملوك للشفيع حتى بذلك يفوت غرض الشفعة على الشفيع فلا تحول هذه الهبة دون طلب الشفعة (١)

وينصرف الحظر فى الشفعة فى العقار الموهوب الى العقار الذى وهبه الواهب مباشرة للموهوب له ، دون أن تكون الهبة مسبوقة بعقد بيع يترتب عليه حق الشفعة . وعلى ذلك اذا حصل البيع وترتب فى الحال حق الشفعة فعلا للشفيع فلا يملك المشترى الافتيات على هذا الحق بأن يهب العقار لاحد أقاربه أو أصهاره حتى بذلك يفوت غرض الشفعة. لان فى عمل المشترى تعديا على حق مقرر للشفيع . أما اذا جاء البائع الاصلى ورأى أنه يهب العقار للمشترى بدلا من أن يبيعه له ، فلا شفعة هنا للشفيع ، لأن حق الشفعة لم يظهر مطلقاً (٢)

الوصية : والشفعة غير جائزة فى عقار موصى به(٣) لانها ليست بيعاً ولانها ملحقة بالهبة

الميراث : وكذلك لا تجوز الشفعة فى عقار موروث(٤) لان الارث تمليك بغير البيع

القسمة : ولا تجوز الشفعة فى العقارات المقسومة بين الشفعاء لان القسمة مظهرة للحق أى مؤيدة له لا مثبتة للحق أى منشئة له (المادة ٤٥٧ مدنى صريحة فى ذلك . وأما المادة ٥٥٥ مختلط المقابلة لها فقد نصت على ان القسمة بيع .ولكن القضاء المختلط يجرى كما بيناه فى مكانه على تقرير أحكام القسمة المقررة بالقانون الاهلى والقانون الفرنسى ، أى ان القسمة بالقانون المختلط تعتبر أيضاً مظهرة للحق

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٦ ن ٧٦ — فتحى باشا ص ٨٨ (٢) استئناف ٦ مايو سنة ٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٣ — استئناف ٨ اكتوبر سنة ٩٨ القضاء ٦ ص ٢٧٦
(٣) المادة ١٠٢٣ من المجلة (٤) المادة ١٠٢٣ من المجلة

لا منشئة له[1]

الصلح : وهو اما ان يتناول العقار المتنازع عليه أم لا يتناوله . فاذا تناوله فلا شفعة حتما . أما اذا تناول الصلح عقاراً آخر فانا نرى مع ذلك انه لا محل للشفعة أيضاً ، لان التعاقد على هذا العقار كان لظروف خاصة روعيت فيه اعتبارات الخصومة وظروفها ، ولا يجوز ان يستفيد الشفيع هنا استفادة تكاد تكون بلا مقابل[2] وفوق ذلك فان عقد الصلح وهو على هذا الاعتبار بالنسبة للخصومة ودرجة جسامتها بين المتصالحين يكاد يكون عقداً خاصاً[3] غير عقد البيع ، والشفعة لا تجوز الا فى البيع

فى الوفاء بمقابل : يقع أن يفى المدين بعقار فى مقابل المبلغ الملتزم به وهو ما يسمى بالوفاء بمقابل[4] . فهل تجوز الشفعة فى ذلك أم لا ؟ اختلف الشارحون فى تكييف هذا العقد . فألحقه البعض بالبيع ، والبعض بالوفاء ، والبعض الآخر بالاستبدال[5] ومهما قيل فى التكييف القانونى للوفاء بمقابل ، فانا نرى ان العقد عقد خاص[6] مستقل ، لا تسرى عليه الشفعة[7]

وضع العقار فى الشركة بمثابة حصة للشريك : كل شريك فى الشركة ملزم بتقديم حصته فى رأس مالها ، لان تقديم الحصة من أركان الشركة (المادة ٤١٩/٥١١ مدنى) وللشريك ان يقدم حصته نقوداً أو منقولا أو ورقا ماليا أو متاعا منقولا أو عقاراً ، أو حق انتفاعه فى عقار (المادة ٤٢٠/٥١٢ مدنى) وحصة الشريك تندمج

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٣٣ ن ١١ — استئناف م ٤ ابريل سنة ٨٩ ، ١ ص ١٤٧ — ٨ مايو سنة ٩٠ ، ٢ ، ٤٠٩

(٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٤ — فتحى باشا ص ٨٣ — استئناف ٢٥ ابريل سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٤ ص ٦١ عدد ٢٦ — الاستقلال ٢ ص ٩٤ عدد ٧٤ — ح ٨ ص ٩٠ — استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠٦ ، ٨ ، ٢٣٩

(٣) Sui generis

(٤) Dation en paiement

(٥) انظر بيان ذلك الالتزامات ص ٣٩٥ — ٣٩٦ ن ٤٠٠

(٦) Sui generis

(٧) دى هلس النبذة السابقة فتحى باشا الصفحة السابقة

فى رأس مال الشركة وتصبح جزأ منه . ورأس مال الشركة ملك للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً . وأما حق العضو فيه فهو حق منقول يجوز له التصرف فيه باعتباره منقولا حتى ولو قدم حصته عقاراً ، ولو كانت أموال الشركة جميعها عقارات . ولمجرد حصول اتفاق بين أعضاء الشركة بقبول العقار المقدم من أحدهم بمثابة حصة له فى الشركة تصبح الشركة مالكة له ويصبح هلاك العقار على الشركة حتى ولو لم يحصل تسليم (المادة ٤٢٤/٥١٦ مدنى) [1] وفى ذلك مخالفة صريحة لقاعدة الهلاك المعروفة فى البيع اذ الهلاك على البائع قبل تسليم المبيع (المادة ٢٩٧/٣٧١ مدنى) والظاهر ان التعاقد على قبول عقار ليكون بمثابة حصة للشريك بالشركة لا يعتبر بيعاً بالمعنى الدقيق المعروف فى البيع . نعم ولو ان الشارع قد جعل الشريك مقدم العقار ضامناً للعقار فى حالة استحقاقه بعضاً أو كلا وقرر ان هذا الضمان هو كضمان البائع للمبيع (المادة ٤٢٥/٥١٧ مدنى) الا انه لا يستفاد من ذلك ان التعاقد عن عقد بيع . بل جاءت صيغة المادة باعتبار ان هذا الضمان يحكى ضمان البيع . وفى الواقع لا يمكن اعتبار هذا التعاقد بيعا حيث لا ثمن معين . وما دام ان نصيب الشريك فى أرباح الشركة لا يعتبر نتيجة تسليم العقار للشركة بل يعتبر بسبب الشركة نفسها [2] . والذى نقوله ان هذا العقد عقد خاص [3] ان تشابه مع البيع فهو لا يعتبر بيعاً بل هو يحكى البيع من بعض وجوهه . وما دام انه عقد خاص فانا نرى انه لا تجوز فيه الشفعة [4]

---

(١) مع مراعاة قاعدة التسجيل وضرورة تسجيل العقد حتى تنتقل الملكية او ينتقل الحق العينى العقارى بوجه عام (٢) دىهلس ج ٣ ص ٢٢٦ ن ١٩ (٣) Sui generis

(٤) وكيف تجوز الشفعة ويحل الشفيع محل العضو فى الشركة وعلى الاخص اذا كانت شركة اشخاص لا شركة أموال ، أى شركة روعيت فيها الاعتبارات الشخصية لاعضائها بحيث اذا مات أحدهم انحلت الشركة ؟ ألا تنحل الشركة فى الحال لدخول أجنبى فيها من طريق الشفعة وتصبح الشفعة حينئذ ، بينما يراد بها منع ضرر الجوار ، معولا هادماً لذيوع المنشئات الاقتصادية بوجه عام ؟ ويؤيدنا فى رأينا فى عدم جواز الشفعة دى هلس النبذة المتقدمة، وفتحى باشا ص ٨٤ ، وعلى عكس رأينا القضاء المختلط : ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ ، ١١ ، ٢٥٩

هـ — فى تعدد المشترين

٥١٩ — اذا تعدد المشترون فاما ان يكونوا قد اشتروا العقار على الشيوع ، واما ان كلا منهم قد تحددت له حصته مفرزة بالعقار . فاذا كان الاول فلا تجوز الشفعة الا فى العقار بتمامه أى لايجوز للشفيع ان يشفع فى نصيب أو أكثر دون الانصبة الاخرى . وان كان الثانى كان الشفيع بالخيار ، ان شاء طلب العقار كله وبتمامه بالشفعة ، وان شاء طلب حصة مفرزة أو أكثر، مع ضرورة مراعاة شروط الشفعة بالنسبة لكل حصة . وفى ذلك تقول المادة ١١ ما يأتى : « اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الاخذ بالشفعة » وعلى ذلك اذا بيع العقار لعدة أشخاص مع تعيين حصة كل منهم مفرزة جاز للجار الحق فى أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه ، أو أن يأخذ الحصص التى توافرت فيها شروط الجوار [1]

---

(١) مرجع القضاء ص ٣٤٨ ن ١٢١٣ ويضيف الحكم على ذلك بأن للجار أيضا فى هذه الحالة الاخيرة ان يأخذ أيضاً الحصص المتصلة بالحصص المجاورة لارضه — استئناف م ١٠ مارس سنة ٩٢ ، ٤ ، ١٤٢ . وقد شن دى هلس (ج ٣ س ٢٥٥ - ٢٥٧ ن ١٠٠ — ١٠١) الغارة على نص المادة ١١ وما شابهها من الغموض . اذ يرى ان فى ورود كلمة quotes-parts معنى لايستقيم مع القول بتقسيم العقار على المشترين . لان العقار المبيع لجملة مشترين ، اما أن يباع مشاعا واما ان يباع مقسما . فان بيع مشاعا فاما تتعين به الانصبة كالثلث والربع ، واما لاتتعين . وفى هذه الحالة الاخيرة يقسم على الرؤوس طبقا للقواعد العامة فى الشركة . وان بيع مقسما فلا بد من تعيين كل حصة مفرزة على حدة بحدود وابعاد قائمة بذاتها . وفى هذه الحالة لايصح التعبير عنها بكلمة quotes-parts التى وردت بالنسخة الفرنسية ، والتى ترجمت بالنسخة العربية ترجمة غير صحيحة بالنسبة للكلمة الفرنسية ولكن فسرت تفسيراً عربيا صحيحا اذ وردت بالنسخة العربية « الحصة المفرزة » وهو تعبير يستقيم تمام الاستقامة مع ما يريده الشارع . وانتهى دى هلس أخير (ن ١٠٠) بتفسير كلمة quotes-parts بالحصة المفرزة Parcelles separées ، وهو التفسير الذى نراه نحن معقولا ، والذى نراه طبيعيا لورود النص العربى للمادة ١١ صريحا فى ذلك

و — فى حقوق المشترين
على العقار المشفوع

٥٢٠ — لاحظنا فى تمهيدنا الاول على الشفعة أن المشترى يعتبر مالكا على شرط . أى ان ملكيته النهائية لا تعتبر حاصلة الا بعد سقوط حق الشفعة . فاذا سقط حق الشفعة أصبح المشترى مالكا ملكا نهائياً .

وما القول حينئذ فى حق المشترى على العقار أثناء قيام مدة جواز المطالبة بالشفعة ؟ لا بد هنا من التمييز بين حالتين : أولا . حقوق المشترى على العقار المشفوع قبل وصول انذار الاخذ بالشفعة من الشفيع . ثانيا . حقوقه بعد وصول الانذار اليه . ولكل حالة حكم خاص . وبيانه

٥٢١ — **الحالة الاولى** : حقوق المشترى على العقار قبل وبعد وصول انذار الاخذ بالشفعة اليه من الشفيع : ان الشفيع ملزم قانونا بالبحث عما يحف العقار المقرر له عليه حق الشفعة من ظرف البيع . فاذا أهمل الشفيع مدة عن المطالبة بالشفعة، مدة ٦ شهور من وقت تسجيل عقد المشترى ، سقط حقه (المادة ٢٢) واذا لم يكن العقد مسجلا تسقط الشفعة بمدة ١٥ عاما كما بينا ذلك فى مكانه. وطالما أن الشفيع لا يعلم بحصول البيع فهو فى حل من طلب الشفعة فى أى وقت يعلم به على شرط ابداء الرغبة فى ظرف ١٥ يوماً من وقت علمه، وعليه رفع الدعوى فى ظرف ٣٠ من وقت انذار اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة ، وعلى شرط عدم مضى مدتى الستة شهور والخمس عشرة سنة السابقتين . ويجوز للمشترى نفسه أن يخبر الشفيع بحصول البيع اليه (المادة ١٩) حتى اذا رغب الشفيع فى الاخذ بالشفعة قام بعمل الاجراءات القانونية المقررة بالمواد ١٤ و ١٥ . وليس المشترى ملزماً باخبار الشفيع

وما الحكم حينئذ بشأن العقار المشفوع قبل أن يصل المشترى انذار من الشفيع برغبته فى الاخذ بالشفعة ، أوقبل أن يرسل نفس المشترى انذاراً الى الشفيع بحصول البيع ؟ ان حق المالك على ملكه على نوعين : حق تصرف ، وحق استغلال

حق التصرف : للمشترى قبل الانذار المتقدم حق التصرف فى العقار . فله بيعه (كما يستفاد ضمناً من المواد ٩ و١٢) وله رهنه (كما يستفاد ضمنا من المادة ١٢) . فاذا باعه فلا ترفع دعوى الشفعة عليه ، بل ترفع على المشترى منه ، أى ان بيع المشترى الاول للثانى نافذ على الشفيع . وفى ذلك تقول المادة ٩ مايأتى : « العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها »وبذلك لايدخل المشترى الاول دعوى الشفعة ولا يكون خصما فيها . بل يدخل فيها المشترى الثانى فقط مع البائع الاصلى [1]

ويحل الشفيع محل المشترى الثانى قبل البائع الاصلى طبقاً للمادة ١٣ . فاذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضاً فلا يرجع الشفيع الا على البائع الاصلى ، لا على المشترى الثانى ولا على المشترى الاول . كذلك فى حالة العيوب الخفية فى العقار المشفوع فيه[2]

واذا اشترى المشترى ساقط حق الضمان بأن اشترط عليه البائع بأنه لا يضمنه فى الصفقة [3] فهل يشفع الشفيع بهذا الشرط ، بأن يكون نافذاً عليه ؟ نظن الايجاب[4] . وعلى ذلك تسرى هنا أحوال الضمان وسقوطه المقررة قانونا [5]

وكل شرط يشترطه البائع على المشترى نافذ على الشفيع ، الا ما كان منه منصرفاً الى غل يد الشفيع عن الشفعة وتواطأ فيه البائع مع المشترى اضراراً

(١) واذا ادخل الشفيع المشترى الاول وكان المشترى الثانى أجنبيا فيطلب المشترى الاول اخراجه من الدعوى ، وبخروجه تخرج الدعوى من الاختصاص الاهلى ، ولا يطلب أولا الحكم بعدم الاختصاص : مصر الكلية ٢٨ نوفبر سنة ٩٠٣ الاستقلال ، ٤ ص ٥٧٨ ، وتأيد بالاستئناف فى ٢ مايو سنة ٩٠٥ ح ٢٠ ص ٢٥٦

(٢) دى هلس ج ٣ س ٢٩٤ ن ١٩٤ . — فورجور ص ٣٣٠ من مجلة مصر الحديثة

(٣) clause de non garantie

(٤) فورجور ص ٤٧ من رسالته

(٥) الهلالى بك ص ٤١٥ ن ٦١٥ وما بعدها

بالشفيع [١]

ومن المستحيل أن يقال بعدم سريان الشروط المأخوذة ضد المشترى على الشفيع . والا تعذرت المعاملات بين الافراد فلا يجد البائع مشترياً بهذه الشروط فى مصلحته . ويصبح حق الشفعة حقاً ممتازاً مضايقاً للمعاملات

وبرفع الدعوى على المشترى الثانى معنى الزام الشفيع بضرورة احترام شروط هـذا العقد ، والثمن المبين فيه . فاذا كان الثمن من نصاب الاختصاص الكلى وجب رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، ولو كان ثمن الشراء الاول مما يدخل فى النصاب الجزئى . وللشفيع الحق فى اثبات الصورية عقد المشترى الثانى. وبذا لا يدفع الا الثمن الذى اشترى به المشترى الاول[٢]

واذا كان له حق اثبات صورية عقد المشترى الثانى وكان الثمن بهذا العقد من نصاب المحكمة الكلية ، وثمن عقد المشترى الاول من نصاب المحكمة الجزئية ، فامام أى محكمة يرفع الدعوى للمطالبة بالشفعة مع اثبات الصورية ؟ نرى رفعها أمام المحكمة الكلية لانها هى التى تفصل فى الدعوى المقدرة الآن بانها كلية . ولا يصح رفعها أمام المحكمة الجزئية لانه لا يجوز لها أن تفصل فى صورية أمر يخرج بطبيعته عن اختصاصها [٣]

واذا كان الشفيع ملزما برفع الدعوى على المشترى الثانى لا على الاول ، اذا حصل الشراء الثانى قبل تسجيل الانذار المرسل منه بالاخذ بالشفعة (المادة ١٥)

---

(١) ١٦ ديسمبر سنة ٩٠٩ ، ٢٢ ، ٥٦ حيث حكم بصحة الشرط المأخوذ على المشترى بان يبنى منزلا بالارض المبيعة فى ظرف سنة ، وان يحافظ على مسطح الارض بحالته الحاضرة ، والا فسخ العقد

(٢) المنصورة الكلية فى أول فبراير سنة ٩١٧ ح ٣٣ ص ٤١ — استئناف ٢٠ يناير سنة ٩١٥ ش ، ٢ ص ١٥٤ عدد ١٧٢ — ١٢ فبراير سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٢٢٣ — ٣١ ديسمبر سنة ٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠

(٣) فاذا أخطأ الشفيع ورفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية وحكم فيها بعدم الاختصاص وزالت مواعيد الشفعة سقطت الشفعة : راجع ٦ ابريل سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٥٧ — وراجع أيضاً ٢٨ مايو سنة ٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٤٥ — استئناف ١٤ ديسمبر سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٤ ص ٣٣ عدد ٢١

فكيف يستطيع التعرف على هـذا المشترى الثانى ؟ السبيل الوحيد لذلك هو الاطلاع على سجلات التسجيل . ولا يستطيع الشفيع معرفة حصول شراء ثان الا بواسطة هـذه الطريقة المقررة للعلانية والاشهار . وعلى ذلك اذا لم يسجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل الانذار بالشفعة فلا يعتبر عقـده حجة على الشفيع ، لان الشفيع يجهـله . ويجوز حينئذ للشفيع رفع الدعوى على المشترى الاول وتعتبر صحيحة ، وليس للمشترى الثانى الاحتجاج عليه . وفى هذه الحالة يجوز للمشترى الثانى الدخول خصما ثالثا فى الدعوى لا ليجعل الاجراءات موجهة ضده ، بل ليشرف على ما جريات الدعوى ، حتى اذا حكم بالشفعة وسبق له أن دفع الثمن الى البائع له ، وهو المشترى الاول ، فانه يتخذ احتياطاته فى حفظ حقه على هذا المبلغ . ولا يجوز للمشترى الثانى الرجوع بتعويض ما على البائع له ، لان أمر التسجيل يختص بالمشترى لا بالبائع (الا اذا كان البائع هو السبب فى عدم تسجيل العقد

ولـكن اذا فرض وعلم الشفيع علما أكيدا بحصول الشراء الثانى ومع ذلك سجل انذاره [1] فانه لا يجوز له مع ذلك رفع الدعوى على المشترى الاول . بل يجب عليه رفع الدعوى على المشترى الثـانى . وان أراد الطعن بالصورية جاز له ادخال المشـترى الاول ، مع مراعاة رفع الدعوى أمام المحكمة الـكلية ان كان الثمن المطعون فية بالصورية يدخل فى النصاب الـكلى

ولـكن هل تتأثر هذه القاعدة بقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سـنة ٩٢٣ ؟ وهل يجوز للشفيع أن يقصر الدعوى على المشترى الاول ، وأن يجهل الثانى ، (مع عدم طعنه فى صورية العقد) وأن يدعى بأنه ما دام أن عقد المشترى الثانى لم يتسجل فلا يعتبر مالـكا ولذا لا يخاصمه حتى ولو كان هذا الشفيع يعلم علما أكيداً بحصول البيع ، وهو البيع غير المسجل ؟ نقول بالسلب

(١) ويحصل ذلك انه عند ما يصل الانذار الى المشترى الاول فيجيب هذا الاخير بأنه تصرف فى العقار للمشترى الثانى وانه لا شأن له بالشفعة ، فيرد الانذار لصاحبه وهو الشفيع ثم يقوم بتسجيله رغم علمه بخروج العقار من يد المشترى الاول الى المشترى الثاني

ويجب على الشفيع مخاصمة المشترى الثانى غير المسجل عقده ، ما دام الشفيع يعلم علما أكيداً بحصول البيع الثانى . وذلك كله يرجع الى أن التسجيل أمر متعلق بالمشترى الثانى ، فهو مشتر وله حقوق على العقار ، مع أنه لم يسجل . وقد شرحنا ذلك فى مكانه عند ما تكلمنا على صحة الشفعة حتى ولو كان عقد الشفيع الذى يملك العقار المشفوع به غير مسجل . أو كان عقد المشترى المشفوع منه غير مسجل أيضا . هذا والتسجيل من جهة أخرى وفى كونه اداة علانية يتعرف بها الغير على ما حف العقار من تقرير حقوق عينية متوقعة عليه ، قد لا يعبأ به فيما اذا استطاع الغير أن يعلم علماً أكيداً بما كان يريد الوقوف عليه بواسطة التسجيل . وقد شرحنا ذلك فى قانون التسجيل الجديد كما سيأتى بعد :

وللمشترى حق رهن العقار المشفوع رهناً حيازياً [1] أو غير حيازى [2]. ولدائنيه الحق فى أخذ اختصاص على العقار. وكل ذلك نافذ على الشفيع قبل الانذار بالاخذ بالشفعة . وأما الرهون والاختصاصات المتوقعة بعد الانذار فلا تكون حجة عليه . وفى ذلك تقول المادة ١٢ ما يأتى : « كل رهن من المشترى [3] وكل حق اختصاص [4] حصل عليه دائنوه وكل بيع [5] وكل حق عينى [6] قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشر الآتية لا يسرى على الشفيع ويبقى مع ذلك لاصحاب الديون الممتازة [7] وللدائنين المرتهنين [8] ما كان لهم من حقوق الاولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار [9] » ويفهم من ذلك ما يأتى :

١ — ان الرهون على نوعيها ، (ولو أن المادة ١٢ لم تذكر الرهن الحيازى ولكن لابد من الاخذ به باعتباره خاضعا للتسجيل ليكون حجة على الغير)

(١) Gage immobilier (٢) Hypothèque

(٣) Les inscriptions hypothécaires

(٤) Les affectations spéciales (٥) toutes ventes (٦) tous droits réels (٧) Créancises privilégiés (٨) réanciers hypothécaires

(٩) استئناف ٢٧ مارس سنة ٩٠٢ ، الاستقلال ، ٢ ص ١٨١ عدد ١٧٤ ، و١٧ يوليو سنة ٩١٧ الاستقلال ، ٥ ص ٤٦٧ عدد ٢٠٤ ، ١٧ ابريل سنة ٩١٧ ، ٢٩ ، ٣٧٢

والاختصاصات والتصرفات بأنواعها كالشراء والبدل وغير ذلك (ولم تنص المادة ١٢ الا على البيع فقط . ولكن لابد من الاخذ بأنواع التصرفات الاخرى حيث لا مبرر لتمييز نوع على آخر) نافذاً على الشفيع اذا حصل قبل الانذار . وأما اذا حصلت بعد الانذار فهى لا تسرى عليه مطلقا

٢ — ولكن لما كان للدائنين المرتهنين (وتقول المادة بنصها الفرنسى [1] المرتهنين رهنا غير حيازى . ويجب ان يضم اليهم ايضا الدائنون المرتهنون رهنا حيازيا) حقوق متوقعة على العقار المشفوع منه ، فتنصب هذه الحقوق هذه المرة على الثمن الذى يدفعه الشفيع . ولا يجوز التمتع بالحقوق المترتبة على الرهن وهى حق التتبع ما دام ان حقوقهم قد تقررت بعد تسجيل انذار الاخذ بالشفعة

حق الاستغلال : لم يتكلم القانون على حق الاستغلال بل قصر حكمه على حق التصرف . ولا يستفاد من ذلك أن المشترى ممنوع من حق استغلال عقاره وادارته بل له ذلك حتما . انما هناك قيود ترجع أيضاً الى أعمال الادارة السابقة على وصول انذار الشفعة الى المشترى ، والى أعمال الادارة اللاحقة

٥٢٢ — ١ — حق الاستغلال والادارة قبل وصول انذار الاخذ بالشفعة الى المشترى : للمشترى أن يستغل عقاره كما يشاء قبل وصول انذار الشفعة اليه وقبل عمل الانذار منه للشفيع باظهار الرغبة فى الشفعة . وأعمال الادارة هذه نافذة على الشفيع حتما . ومن شأن هذه الاعمال تعطيل العمل فى الاخذ بحق الشفعة . لانه اذا فرض وأجر المشترى العقار لمدة طويلة أو بنى أو غرس كما سيأتى بعد لترتب على ذلك احتمال امتناع الشفيع فى الاخذ بالشفعة اما لبخس الايجار وما يعود عليه من الضرر بسبب هذا البخس ، واما لانه لايستطيع أن يدفع قيمة المبانى أو الغراس . ولكن ما القول فيما اذا كان المشترى قد سارع الى القيام بالتأجير بالبخس ولمدة طويلة ، أو قام باحداث بناء كثير التكاليف وفيه ارهاق للشفيع بما لا يستطيع معه المطالبة بالشفعة (لان الشفيع لو طلب الاخذ بالشفعة لتحتم

(١) Créan. hyp.

عليه دفع اما مصاريف البناء أو ما زاد فى القيمة ، والاختيار بين الامرين معقود برغبة المشترى ، كما تقرر ذلك المادة ١٠) وفعل المشترى ذلك بقصد الاضرار بالشفيع الذى سيظهر فيما بعد ؟ فهل تسرى هذه الاعمال وقد شابها الغش والتدليس على الشفيع أم لا تسرى أخذاً بنظرية التعسف فى استعمال الحق[1] ؟ نرى صحة الاخذ بهذه النظرية فى هذه الحالة . لان الحق لا يحميه القانون الا اذا أجراه صاحبه بحسن نية ولم يصرفه الى الافتيات على حقوق الغير. ونرى ضرورة الزام الشفيع باثبات الغش والتدليس . واذا تأجر العقار لمدة طويلة وبأجر بخس فلا تلغى الاجارة الا اذا كان المستأجر شريكا فى التدليس والغش مع نفس المشترى : أما اذا ثبت التدليس من جانب المشترى المؤجر دون المستأجر فهى سارية على الشفيع . وله حق التعويض قبل المشترى . وأما البناء وقد شابه الغش والتدليس أيضاً فانا نرى أن المشترى يحرم من حقوق الامتياز التى قررتها له الفقرة الاولى من المادة ١٠ ، أى لا يجوز له باختياره لا طلب ثمن البناء ولا طلب قيمة الزيادة فى الثمن . انما تصح معاملته بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٠ المذكورة ، وهى الفقرة الخاصة باحداث البناء بعد وصول انذار اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة . أى أن يكون الشفيع بالخيار ، ان شاء طلب ازالة البناء ، وان شاء أبقاه ودفع قيمة الادوات وأجرة العمل ، أو مصاريف الغراس ان كان المنشأ غراساً . أما مصاريف صيانة العقار فيلزم بها الشفيع حتما على كل حال بعد وقبل الانذار

٥٢٣ — ٢ — حق الاستغلال والادارة بعد وصول انذار الشفعة :

ان القانون لم يشر هنا الا الى البناء والغراس اللذين يجريهما المشترى بعد وصول انذار الشفعة اليه . وفى هذه الحالة قررت الفقرة ٢ من المادة ١٠ ما يأتى : «واذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الاخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما . وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الادوات

---

(١) Abus du droit

وأجرة العمل أو مصاريف الغراس » اذ فى هـذه الحالة لا يلومن المشترى الا نفسه . لانه بنى وغرس وهو يعلم أن العقـار مطلوب بالشفعة اذا وصله انذار الشفعة من الشفيع ، أو مهدد بالاخذ بالشفعة ، اذا بعث المشترى بانذار للشفيع يخبره فيه بحصول البيع وطلب الشفعة ان شاء . وكان الافضل له أن يتربص سقوط الشفعة فيجرى ما يشاء من البناء والغراس . وفى تقرير الاختيار للشفيع بين ابقاء المبانى والغراس ودفع ثمن تكاليفها ، أو الازالة ، جزاء من القانون لمن يعمل فى غير عناية بالاخذ بمحظورات القـانون . واذا فرض ولم يجر المشترى احداث بناء ولاغراس خوفاً من الشفعة وانتظاراً لسقوطها،ثم جاء الشفيع وطالب بالشفعة ولـكنه تنازل عنها قبل الحـكم فيها ، فهل يلزم بتعويض للمشترى فى مقابل الضرر الذى أصاب هذا الاخير من جراءعدم احداث البناء ، أو الغراس، فى وقت مناسب ؟ لا نظن ذلك ما دام الشفيع فى حدود حقه واستعمله بحسن نية . وأما اذا استخدم حق الشفعة بسوء نية ارهاقا للمشترى ومضايقة له ثم تنـازل بعد ذلك عن الشفعة ، فانا نرى ضرورة الحـكم بتعويض . لان أساس التعسف فى استعمال الحق الخطأ [1] فاذا ظهر الخطأ فى أى صورة من صوره ، حق التعويض حتما اذا توافرت الشروط الاخرى وهى الضرر وغيره من الاركان المعروفة

٥٢٤ — هلاك العقار والمشفوع منه : نعرف من أمر الهلاك فى القانون المصرى أن الحـكم فيه واحد مع القانون الفرنسى ما عدا الهلاك فى البيع [2] اذ بينما يجعل الشارع الفرنسى الهلاك على المشترى باعتباره مالـكا أخذاً بحكم المادة ١١٣٨ ، فان الشارع المصرى يجعل الهلاك على البائع قبل تسليم المبيع (المـادة ٢٩٧/٣٧١ مدنى) وأما بعد التسليم فالهلاك على المشترى . وعلى ذلك اذا حصل تسليم العقار من البائع للمشترى المشفوع ضـده أصبح الهلاك على هذا الاخير

---

(١) Faute (٢) الالتزامات ص ١٩٢ — ٢٠٩ ن ٢٠٢ — ٢١٩ الهلالى بك ص ٣٠١ ن ٤٧٤ وما بعدها

ووجب عليه الثمن فيما اذا لم يدفعه من قبل . وأما اذا لم يحصل تسليم من جانب البائع وحصـل هلاك العقار فى يده ، فان العقد ينفسخ (راجع المواد ١٧٧ — ١٧٩ / ٢٤٠ — ٢٤٢ مدنى) . هذا فى علاقة البائع مع المشترى المشفوع منه

وما هو اذن حكم الهلاك فى علاقة الشفيع مع المشفوع منه ، وهو المشترى والبائع لهذا المشترى ؟

فاذا هلك العـقار بيد البائع ، بعد المطالبة بالشفعة ، وقبل تسليم العـقار للمشترى ، سقطت الشفعة ، وكان الهلاك على البائع أخذاً بالمادة ٢٩٧ / ٣٧١ مدنى

واذا هلك العقار بيد المشترى قبل ان يصله انذار اظهار الرغبة فى الشفعة ، فالهلاك على المشترى . وعليه دفع الثمن الى البائع اذا لم يسبق له دفعه اليه . واذا هلك العقار بعد انذار الاخذ بالشفعة ، وقبل رفع دعوى الشفعة أو بعد رفعها ، فالهلاك أيضاً على المشترى . لان الشفيع يملك دائما وأبداً الحق فى التنازل عن دعوى الشفعة وعن اجراءاتها . ويفعل ذلك على الاخص اذا تبين له ان العقار قد هلك . واذا حكم ابتدائياً للشفيع ، ورفع المشترى استئنافا ثم هلك العقار قبل صدور الحكم كان الهلاك أيضاً على المشترى ، لان الشفيع يملك أيضاً وحده حق الشفعة . واذا حكم نهائيا بالشفعة ولم يحصل تسليم العقار للشفيع ، فالهلاك على المشترى أيضا . لان المشترى وهو المشفوع منه ملزم قانونا بتسليم العقار . وأما وقد استحال عليه الوفاء بالتسليم فيجب فسخ العقد ، أخذاً بالمادة ١٧٧ / ٢٤٠ مدنى حيث تقول « تزول التعهدات بالفسخ[1] اذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن » ومتى فسخ العـقد تبرأ ذمة كل من العاقدين من الالتزامات قبل الآخر أخذاً بالمـادة ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى حيث تقول : « اذا انفسخ العقـد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به[2] . . . » ولا يطالب كل من الشفيع والمشترى بعضهما البعض بأى تعويض ما . كل هذا أيضا اذا كان الهلاك بغير

(١) Résolution (٢) Obligations corrélatives زكى بك العرابى ص ٦٩ ن ١٢٠ — ١٢٢

خطأ المشترى . وأما اذا كان حاصلا بخطأه جاز للشفيع مع وجود الفسخ وزوال الالتزامات المتبادلة مطالبة المشترى بتعويض

وكذلك تصح المطالبة بالتعويض اذا حصل الهلاك بغير خطأ المشترى ولكن وقع الهلاك بعد أن قام الشفيع بتكليف المشترى بتسليم العقار ولم يف بالتسليم حتى هلك العقار (المادة ١٧٨ / ٢٤١ مدنى)[١]

هذا اذا كان الهلاك كلياً . أما اذا كان بعضا واما أن يكون حاصلا والعقار تحت يد البائع واما بعد تسليم العقار للمشترى

فاذا حصل الهلاك البعضى أو التلف البعضى قبل تسليم العقار للمشترى ، أصبح هذا الاخير فى حل من الاخذ بالاختيار بواحد من اثنين ، فيما لو كان العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء ، وهى اما الفسخ واما ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه (المادة ٢٩٨ / ٣٧٢ مدنى) . واذا حصل الاختيار قبل اظهار رغبة الشفيع فى الاخذ بالشفعة ، كان الاختيار صحيحاً لازماً وحجة على الشفيع . أما اذا حصل انذار الشفعة قبل حصول الاختيار من المشترى ، فان هذا الاختيار ينتقل حتما للشفيع ، لان بعد الانذار تغل يد المشترى ، ويصبح للشفيع الحق فى أن يفسخ العقد بينه وبين البائع (لان الشفيع يحل محل المشترى قبل البائع : المادة ١٣) . ويبقى العقار بالثمن المبين بالعقد [٢] ولكن هل تختلف وجهة النظر فى هـذه الحالة بين الشفيع والمشترى فيما يتعلق بتقدير المسألة الخاصة بجسامة الهلاك أو العيب ومعرفة ما اذا لو كان العيب الموجود بالعقار معلوماً لدى المشترى لامتنع هذا الاخير عن الشراء ، الامر المنوه عنه بالمادة ٢٩٨ المذكورة ؟ وهل ينظر الى التلف بالعين التى كان يراه به المشترى ، أو بالعين التى يرى بها الشفيع هذا

---

(١) ورد بالنسخة الفرنسية للمادة ١٧٨ / ٢٤١ عبارة mise en demeure وأخرجت الى اللغة العربية بعبارة « بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً » وهذه الترجمة غير صحيحة فى عبارة « تكليفاً رسمياً » لان ذلك حشو من جانب المترجم وتقييد للتكليف فى أن يكون على يد محضر ، وهو ما لم يرده الشارع : انظر فى ذلك كتابنا فى الالتزامات ص ٢٦٣ ن ٢٧٧

(٢) زكى بك العرابى ص ٧٠ ن ١٣٣

التلف ! والفرق ظاهر بين الاثنين ، اذ تختلف اعتبارات كل منهما عن الآخر .
قد يقال بأن الشفيع وقد حل محل المشترى إمام البائع بالمادة ١٣ من قانون الشفعة فقد أصبح بذلك فى حل من التمتع بحق الاختيار المقرر له بالمادة ٢٩٨ / ٣٧٢ مدنى ، أى يجب أن ينظر الى اعتباراته الخاصة به ، دون اعتبارات المشترى نفسه . وعلى ذلك اذا كان التلف البعضى لا يؤثر على المشترى فيستبقى العقار لديه ، فان هذا التلف نفسه قد يؤثر على الشفيع فلا يرى معه استبقاء العقار . وعلى ذلك يفسخ العقد بين الشفيع والبائع الاصلى . وبذا تفوت مصلحة كبرى على البائع ، اذ قد زال أمامه المشترى بحصول الشفعة ، ثم فسخ العقد لمناسبة الشفعة . أليس فى ذلك خطورة على المعاملات بين الناس ، ويترتب على الشفعة تعطيل لها ؟

هذا فيما اذا كان التلف قد حصل والعقار تحت يد البائع ولم يستلمه المشترى بعد . وأما اذا حصل التلف والعقار تحت يد المشترى فاما أن يكون التلف حاصلا قبل انذار الشفعة أو بعد الانذار . فان حصل بعد الانذار وقبل الحكم نهائياً بالشفعة وقبل التسليم للشفيع فالهلاك على المشترى لان الشفيع فى حل فى كل وقت من التنازل عن الشفعة . واذا حصل بعد الانذار وبعد الحكم نهائياً وبعد التسليم فالهلاك على الشفيع . واذا حصل بعد الانذار وبعد الحكم النهائى وقبل التسليم فالذى نراه أن يقرر له نفس الاختيار المقرر بالمادة ٢٩٨ للمشترى . واذا حصل التلف قبل الانذار فالهلاك على المشترى سواء كان الشفيع يعلم به أو لا يعلم ، لان له التنازل عن الشفعة فى كل وقت كما ذكرنا

ز — المشترى بعد الحكم بالشفعة

٥٢٥ — رأينا أن الشفيع يحل محل المشترى (المادة ٣) ويحصل هذا الحلول بالاستبدال [١] أى استبدال المدين بمدين آخر ، وهو استبدال المشترى

---

(١) Novation

بالشفيع . وقلنا ان الشفيع يحل محل المشترى فى جميع الحقوق المقررة لهذا الاخير ما عدا تقسيط الثمن ، وفى الواجبات التى التزم بها بعقد البيع . وما دام أن حق الشفعة لم يتقرر له فى الحقيقة والواقع الا من وقت البيع، وأنه لا بدمن اظهار الرغبة بالتمسك به ، ومن وقت رفض المشترى لابد من رفع الدعوى فى مدة معينة، وأنه يجوز للمشترى التصرف بجميع أنواع التصرفات فى العقار قبل وصول انذار الشفيع اليه ، أو قبل انذار المشترى للشفيع ، وان التصرفات الحاصلة بعد تاريخ احد الانذارين ليست نافذة على الشفيع . استدل من ذلك كله أن الحلول المقول به بالمادة ١٣ لا يكون نافذاً على الشفيع الا لغاية الوقت الذى وصل فيه انذار هذا الاخير للمشترى ، أو لغاية الوقت الذى صدر فيه الانذار المرسل للمشترى وعلى ذلك تنفذ على الشفيع شروط العقد وتصرفات المشترى قبل أحد الانذارين . أى أن للحلول أثراً رجعياً يبتدئ من وقت وصول الانذار للمشترى . أو من وقت حصول الانذار للشفيع وينتهى بالنزول الى وقت تحرير العقد . ولكن هل يسرى هذا العقد برمته على الشفيع حتى ولو كان غير مسجل؟ قلنا بالايجاب وبينا الادلة فى ذلك . واذا كان عقد المشترى يسرى على الشفيع ولو كان غير مسجل فهل لا يشترط فيه على الاقل أن يكون ثابت التاريخ حتى يحتج بما جاء به عليه ، ويعتبر الشفيع فى هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للمشترى . لانه يخشى أن يصطنع البائع مع المشترى عقداً آخر غير العقد الاول فيقرر فيه من الشروط القاسية ما يمتنع معه الشفيع من الشفعة ؟ وفى ذلك افتئات بالتواطؤ والتدليس على حق أقره القانون ؟ وان قيل بالايجاب فى ضرورة اثبات تاريخ عقد المشترى طبقا للمادة ٢٢٩ مدنى حتى يكون حجة على الشفيع ، أفلا يلاحظ على ذلك ارهاق بالمشترى فى تكليفه باجراءات ، مع أن حق الشفعة لا يتقرر حتما للشفيع الا بتحقق البيع ، وقد تحقق ؟ الذى نراه أن لا محل لاثبات تاريخ عقد المشترى وهو ذلك العقد الذى بمجرد حصوله يتقرر الحق فى الحال للشفيع . واذا توجس الشفيع خيفة من حصول غش آخر ضاراً به فما عليه الا أن يثبت ذلك بجميع أدلة

الاثبات حتى ولو كان عقد المشترى ثابت التاريخ أو مسجلا ، لان هذا العقد لا يحول البائع والمشترى دون التواطؤ اضراراً بالشفيع

واذا كان للحلول أثر رجعى ينتهى الى وقت انعقاد العقد ، بحيث تصبح تصرفات المشترى قبل الانذار ين حجة على الشفيع ، وبحيث لا تصبح تصرفاته واعماله الادارية الخاصة باستغلال العقار من بناء وغرس وتأجير حجة على الشفيع بعد الانذارين (المادة ١٠) استدل من ذلك على أن الشفيع يعتبر مالكاً للعقار المشفوع من وقت انعقاد عقد البيع[١] مع ملاحظة ما يأتى : أولا . انه لا يعتبر مالكاً ملكاً حقيقياً الا من وقت الانذار (من وقت وصول انذاره للمشترى ، أو من وقت صدور انذار المشترى له) بحيث يجوز مطالبة المشترى بريع العقار المشفوع من هذا الوقت[٢] . وأما عن الوقت الذى تقدم الانذار ، فالمالك فيه هو المشترى

(١) استئناف ١٥ مارس سنة ٩٤ المحاكم ، ٥ ص ١٠٨ عدد ١٧١ . — طنطا فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٣ ص ١٨ . — زكى بك العرابى ص ٦٦ ن ١١٣

(٢) فورجور ص ٤٨ . — زكى بك العرابى ص ٦٨ ن ١١٩ . — استئناف ٢٩ ديسمبر سنة ٩٠٩ م ر ١ ، ١١ ص ٩٧ عدد ٣٥ وعلى ذلك اذا سبق الشفيع ان كان واضع اليد على العين المشفوعة ومستغلا لها فالريع له . ولذا لا يجوز للمشترى مطالبته بهذا الريع : الاقصر فى ٣١ مارس سنة ٩٠٣ م ر ١ ، ١١ ص ٢٦ رقم ١٠ . المحاكم ٢٢ ص ٤٦٥٨ . وهناك رأى يقرر عكس الرأى الذى قلنا به . وهو أن المشترى لا تزول عنه الملكية فى العقار المشفوع الا من وقت أن يصبح غير مالك بحكم نهائى . ولغاية هذا الحكم النهائى يكون فى حل من الانتفاع بغلة العقار . وفى هذه الحالة لا يجوز له مطالبة الشفيع بفوائد ثمن الصفقة : استئناف م ١٧ يناير سنة ٩٠١ ، ١٣ ، ١٢٤ ، أى كأن هناك مقاصة بين ريع الارض وفوائد الثمن . حتى ولو استحالت المقاصة بان كانت الارض المشفوعة لا تزرع ودفع المشترى فوائد الثمن للبائع ، فانه يكون فى حل من مطالبة الشفيع بهذه الفوائد واعتبارها من ملحقات الثمن ، استئناف م ٦ يونيو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣٣١ — انظر أيضاً استئناف م ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ . ٧ ، ٣٤١ (حكم مكتوب باللغة الايطالية) الذى قضى بان الشفيع الذى زرع الارض وصرف عليها المصاريف اللازمة لا يجوز أن يحرم من الزراعة القائمة بالارض ولا يلزم بتسليم الارض الا فى آخر السنة الزراعية الجارية ، وأن يأخذ الزراعة القائمة لنفسه خاصة . وتأيد هذا الرأى العكسى والمناقض لرأينا بحكم بنى سويف الجزئية فى ٢٨ أكتوبر سنة ٩٢٢ ح ٣٧ ص ١٧١ عدد ٦٦ حيث قرر بانه ليس للشفيع الحق فى غلة العقار المشفوع حتى ولو كان قد قام بعرض الثمن عرضا حقيقيا الا من تاريخ الحكم له بالشفعة لا من تاريخ عرض الثمن عرضاً حقيقياً . واعتمد هذا الحكم على تأييد رأيه بالرجوع الى حكمى

وغلة العقار له خاصة كما أن تصرفاته فيه صحيحة نافذة . ثانياً — ان تصرفات المشترى قبل الانذار نافذة على الشفيع باعتباره قد حل محله فى عقار ترتب للغير حقوق عليه ، وهو المتصرف اليهم ، وهذا لا يتعارض مع القول بأنه يعتبر مالكاً من وقت انعقاد عقد البيع . ولذا نقول بأنه لو سبق وحصل وعد تبادلى بالتبايع بين الشفيع وشخص آخر على بيع هذا العقار له فى حالة الحصول عليه بالشفعة وحصل ذلك فى الفترة بين انعقاد عقد المشفوع منه مع البائع له ، وبين الانذار ، لكان للوعد التبادلى هذا أثر رجعى ، بمعنى أن المشترى من الشفيع يعتبر مالكاً من وقت انعقاد عقد الوعد بالبيع ، حتى ولو كان عقد الوعد حاصلا فى نفس يوم حصول عقد المشترى المشفوع منه مع البائع ، كل ذلك على شرط عدم الاضرار بحقوق تكون تقررت للغير على العقار المشفوع من قبل المشترى المشفوع منه قبل الانذار

واذا كان الشفيع يعتبر مالكاً ملكاً من وقت انعقاد عقد البيع المعقود بين البائع والمشترى المشفوع منه ، وأن حقه فى الغلة لا يكون الا من وقت الانذار ،

---

١٧ يناير سنة ١٩٠١ و٢ يونيو سنة ٩٥ المتقدم ذكرهما ، وبالرجوع الى أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية (مثل ابن عابدين ج ٥ ص ١٤٣ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦١ اذ جاء بهما « وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ » والى غير ذلك كالزيلعى ج ٥ ص٢٣٩) فى أن الشفعة شرعت لمنع الضرر لا لجلب المنفعة ، ثم نقد حكمى ٢٩ ديسمبر سنة ٩٠٩ و ٣١ مارس سنة ٩٠٣ الاهليين المتقدم ذكرهما ، ثم قال بأنه لو أخذ بالرأى القائل بأن الشفيع يعتبر مالكا من يوم الطلب لورث الورثة هذا الحق ، مع ان الامام الاعظم لا يبيح التوارث وانتهى به البحث الى ان قال بأن أدلته السابقة تكفيه مؤونة الرد على قاعدة ان الاحكام معلنة ومقررة للحقوق ، أى مظهرة لها لا موجدة لها أى لا مثبتة لها ، اذ الشفعة استثناء من هذه القاعدة

اما هذا الرأى العكسى القائل بأن لا حق للشفيع فى الريع من وقت ابداء اظهار الرغبة والشفعة فهو رأى فى نظرنا غير صحيح للادلة التى قدمناها . ونلاحظ ان حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى ٢٨ اكتوبر سنة ٩٢٢ المتقدم الذكر ، عالج مبدأه على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية . وهذا الاسلوب لا يصدق فى حق قرره القانون المسنون وأصبح بذلك خاضعا للاحكام العامة للقانون المعروف الان . وأما القول بان قاعدة رجعية الاثر للحكم المظهر للحق لا تسرى على الشفعة ، استثناء فغير صحيح لانه لا سند بالقانون لهذا الاستثناء . ولان الاثر الرجعى للاحكام هى القاعدة التى يجب أن تمشى على جميع الاحكام المظهرة ، ما عدا الاحكام المثبتة كحكم رسو المزاد

وهو الوقت الذى كان يجب أن يتم فيه حلول الشفيع محل المشترى فى العقار أمام البائع فيما لو رضى المشترى باعطاء العقار بالشفعة للشفيع ، فان الحكم الذى يصدر فى دعوى الشفعة لا يخرج عن كونه مؤيداً لحق مقرر من قبل ، أى مؤيداً للملكية لدى الشفيع بلا غلة من وقت عقد البيع ، ومؤيداً بها مع الحق فى الغلة من وقت الانذار . والقاعدة المقررة فى الاحكام أن الاحكام جميعها مظهرة للحق لا منشئة له ، الا ما خص بحكم رسو المزاد ، اذ يعتبر هذا الحكم بمثابة عقد يعقده القضاء نفسه ويكون فيه هذا القضاء أحد طرفيه من طريق النيابة عن المدين الذى حظر عليه التصرف فى عقار أصبح فى قبضة القضاء على ذمة الدائنين لصاحب العقار . واذا كان الحكم الذى يصدر فى دعوى الشفعة مؤيداً لحق الملكية عند الشفيع من وقت الانذار ، فيعتبر على ذلك سنداً لتمليك الشفيع ، بدلا من سند التعاقد الذى كان يجب أن يحصل بين الشفيع والمشترى . وفى ذلك تقول المادة ١٧ ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع [١] وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » والمراد بسند الملكية ، السند الذى كان يجب تحريره بين الشفيع والمشترى عقب الانذار بالشفعة

٥٢٦ — وبعد صدور الحكم يلاحظ ما يأتى :

١) يلزم المشترى بريع العقار كما قلنا من ذلك الانذار

٢) ان كان المشترى دفع الثمن كله أو بعضه للبائع فهو يتقاضى ما دفعه من الشفيع مباشرة دون تدخل البائع فى ذلك . وأما الباقى من الثمن فلا يدفعه الشفيع الا للبائع بالذات دون تدخل المشترى

٣) ان لكل من البائع أو المشترى الحق فى حبس العقار تحت يده حتى يستلم ما يستحقه من الثمن المودع بخزينة المحكمة

٤) نقول ، برغم حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية [٢] ،

---

(١) Titre de propriété

(٢) فى ٢٩ مارس سنة ٩٢٣ م ر ١ ، ٢٤ ، ص ٤١ عدد ٢٦

بضرورة ايداع الثمن . وفي هذه الحالة يجوز لمن له حق عليه سحبه من الخزينة وتسليم العقار للشفيع

وأما الرأى القائل بعدم ضرورة شرط العرض الفعلي والايداع فانه يرى ان جواز طلب فسخ الحكم باعتبار الحكم عقد الشفعة ، وان يتعين بالحكم مدة للشفيع يدفع فيها الثمن والا بطل مفعول الحكم ، باعتبار ان الحكم شرطي أى معلق نفاذه على شرط الوفاء بالثمن (1)

٥) ان الشفيع لا يلزم بفوائد الثمن مادام قد أودعه بخزينة المحكمة . لان السبب في ايداعه هو رفض المشترى تسليم العقار بالشفعة . وعلى هذا المشترى تبعة عمله . وأما الرأى القائل بعدم ضرورة العرض الحقيقي والايداع فانه يظهر انه يميل الى الزام الشفيع بالفوائد ما دام هو المستغل للمبلغ تحت يده . ولذا تحصل في هذه الحالة مقاصة بين الفوائد والريع

٦) في العقار المشفوع فيه والمشفوع به

١ — في العقار المشفوع فيه

٥٢٧ — نرى هنا التكلم على حالة العقار المشفوع فيه في حالاته الآتية :

العقار المشفوع فيه موقوف : اذا كان العقار المشفوع فيه موقوفاً فلا يمكن أن يكون محلا بالشفعة . لانه لو جاء صاحب العقار وأوقفه فلا يجوز للجار الشفيع ان يطلب العقار بالشفعة ، لان الشفعة لا تجوز الا في عقد البيع . ولا يمكن تحقيق غرض الواقف اذا أجيزت الشفعة ، وتصبح الشفعة على ذلك معطلة لنظام الوقف (2) . أما اذا استبدل العقار الموقوف وبيع جازت فيه الشفعة لا باعتباره موقوفاً هذه المرة بل باعتباره عقاراً عادياً

---

(1) دى هلس ج ٣ ص ٢٨٧ ن ١٧٥

(2) ولا تجوز الشفعة في الوقف سواء كان فيه نفسه أو في عقار مملوك في أراضيه . فلو كان رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له . ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره : استئناف ١٦ نوفمبر سنة ٩٦ ح ٧ ص ٣٣٩ ، مرجع القضاء ص ٣٤١ ن ١١٨٢ . — ولا تجرى الشفعة في بناء واقع على أرض موقوفة . مرجع القضاء ص ٣٤٢ ن ١١٨٥

٥٢٨ — العقار المشفوع فيه بناء فى أرض محكرة : اختلفت الآراء . رأى يقول بجواز الشفعة فى البناء القائم بالحكر على أرض الوقف[١] ورأى يقول العكس أى بعدم جواز الشفعة فى مكان محكر[٢] . الا انا نرجح الرأى الاول بجواز الشفعة فى البناء القائم بارض محكرة . نعم ولو ان الحكر ايجار يبيح للمستأجر الانتفاع بالارض الى أجل غير محدود أو الى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة شهرية أو سنوية للمؤجر ، وهو يكون عادة فى أراضى البناء الموقوفة ، الا ان البناء القائم على الارض الموقوفة وغير الموقوفة مستقل بذاته يجوز التبايع فيه . والشفعة جائزة فى حالة البيع ، الا ما استثناه القانون كالبيع من الاقارب أو الاصهار لبعضهم البعض (المادة ٣) أو فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به ، أو فيما بيع بالمزايدة

٥٢٩ — العقار المشفوع المباع بالمزاد . البيع بالمزاد العلنى[٣] اما أن يكون بمعرفة الافراد ، والشفعة جائزة فيه لعدم توافر الضمانات اللازمة فى المزاد . واما أن يكون بمعرفة الادارة[٤] أى أن الادارة هى التى تبيع أملاك الحكومة الخاصة بالمزاد ، ولا تبيع أملاك الافراد . واما أن يكون بمعرفة القضاء[٥] وفى هذه الحالة اما أن يكون المزاد جبراً على مالك العقار أى تنفيذاً لحكم مشمول بالصيغة التنفيذية لمصلحة الدائنين للمالك[٦] ، واما أن يكون برغبة الملاك على الشيوع لعقار استحالت قسمته عينا[٧] ففى هذه الاحوال جميعها ، أى فيما اذا

---

(١) مجمع القضاء ص ٣٤٢ ن ١١٨٣ و ١١٨٤ — استئناف ٢٩ مارس سنة ٩٢١ المحاماة ، س ٥٣١ عدد ١١٤

(٢) مرجع القضاء ن ١١٨١ لانه يشترط أن يكون المبيع مملوكا ملكاً تاما الى بائعه (أول فبراير سنة ٩٠٦ ، ١٨ ص ١٠٧) وان البناء بارض محكرة ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال . لان المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر الارض لغيره

(٣) Aux anchères publiques (٤) Autorité 'administrative

(٥) En justice (٦) par voie d'expropriation

(٧) par voi de licitation

حصل المزاد بمعرفة الادارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، أو فيما اذا حصل بمعرفة القضاء من طريق الاكراه أو الرغبة ، لا تجوز الشفعة . وكل ذلك لانه كان فى استطاعة الشفيع أن يزيد فى الثمن حتى يرسو المزاد عليه اذا رغب الشراء

وفى ذلك تقول المادة ٣ بنصها الفرنسي ما نترجمه نحن بما يأتى : « لا شفعة فيما بيع بالمزايدة أمام احدى جهات الادارة ، ولا فيما بيع بواسطة القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا »(١)

وأما النص العربى للمادة ٣ فقد ورد غامضاً اذ ورد بالوضع الآتى : « لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء » وهذا النص يوهم بان المزاد يحصل بواسطة السلطة الادارية عن عقارات الافراد قهراً أو رغبة ، وهذا غير صحيح لان الذى يتولى اجراء هذا المزاد بنوعيه انما هى السلطة القضائية . وعلى ذلك يجب الاخذ بالنص الفرنسى ، لانه يطابق النص الفرنسى لقانون الشفعة المختلط الصادر فى ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ أى قبل قانون الشفعة الاهلى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١(٢)

٥٢٩ مكرر — العقار المشفوع المباع من الاقارب والاصهار لبعضهم البعض
نصت المادة ٣ على ما يأتى : « ..... وكذلك لا شفعة فيما بيع من الاصول بفروعهم(٣) وبالعكس ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر(٤) أو من المالك

---

(١) والنص الفرنساوى للمادة ٣ هو ما يأتى :

Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation ».

(٢) حكم استئناف أسيوط فى ٢٩ يناير سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٢ ص ٢١١ عدد ١٣١ ، ح ٣٧ ص ١٨٨ عدد ٧٠ ، المحاماه ١ ص ٤٨٥ عدد ٩٨ — ١٨ يونيو سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢٠٢ — ١٨ فبراير سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٢٠٢

(٣) entre ascendants et descendants (٤) entre mari et femme

لاحد أقاربه [١] لغاية الدرجة الثالثة » ومن هذا النص يفهم ما يأتى :

١ — ان الشفعة غير جائزة فيما اذا بيع العقار من أصل مهما علا لفرعه مهما نزل . فالبيع من الجد لابن الابن لا تجوز فيه الشفعة لدى الغير . وكذلك لاتجوز الشفعة اذا كان البيع من ابن الابن لجده [٢]

واذا بيع العقار لعـدة أشخاص على الشيوع بينهم وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو أقاربه لغـاية الدرجة الثالثة فانتفت الشفعة بالنسبة اليهم فانها تبطل بالنسبة للباقين لان حق الشفعة يتعارض فى هذه الحالة مع المادة ١١ على قانون الشفعة الذى نص على أنه اذا بيع العقار لعـدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه [٣]

٥٣٠ — وما القول فيما اذا حصـل البيع من أصل لفرعه ثم من الفرع لاجنبى فهل لا تجوز الشفعة ضد الاجنبى وهو المشترى الثانى ، بما أنها ممنوعة ضد المشترى الاول ؟ أجاب القضاء بالسلب [٤] أما نحن فنرى بأن عقد المشترى

---

(٥) entre parents

(١) ويسرى الحظر بالشـفعة أيضا فيما اذا كان كل من المشترى والشفيع من أولاد البائع ، لان لمثل هذا البيع شبه بالهبة ، لانه أريد به دوام بقاء الاملاك فى أيدى ذوى القربى : مرجع القضاء ص ٣٤٠ ن ١١٧٦ — وبيع الارض بيعا شائعاً لا يجيز لاصحاب الاطيـان المجاورة أن يطالبوا بالشفعة اذا كان هذا البيع قد تم بين بائع ومشترمن أفرادعائلة واحدة يرثأحدهما الآخر. ومن العدالة أن لايقضى بالشفعة لاجنبىفى حصةبيعت لاحد أفراد العائلة . مرجع القضاء ص٣١٩ ن ١١٧١. ونحن لانقرهذا الرأى لان حق الشفعة حق تقرر بشرائط معينة . ثم استثنى القانون حالات جاءت على سبيل التعيين لا يجوز تمديها

وعلى ذلك يجب تقرير الشفعة للشفيع مهما كانت صلة القرابة أو النسب بين البائع والمشترىطالما أن الصلة غير واردة بمادة الحظر وهى المـادة ٣ . نعم وان كان حق الشفعة فى ذاته حقا استثنائيا مكروها ، الا أنه حق مقيد بالقـانون ولا يجوز السلب باليسار ما أعطى باليمين . واذا تقرر حق بالقانون فلا يجوز ابطاله الا بقانون

(٢) مرجع القضاء ص ٣٤٠ ن ١١٧٣

(٣) مصر الـكلية فى ٢٩ أكتوبر سنة ٩٠٣ الاستقلال ٢ س ٢٨٧ ، مرجع القضاء ص ٣٣٩ ن ١١٧٢.. وكنا نود الاطلاع على أسباب الحـكم ولـكن مجلة الاستقلال لم تنشرها

الثانى اما أن يكون مسجلا قبل تسجيل انذار الشـفعة ، واما بعده . فاذا كان قبله وجب رفع دعوى الشفعة عليه دون المشترى الاول ، وعلى البائع طبعاً . وان كان بعده ترفع دعوى الشـفعة على المشترى الاول ، وعلى البائع حتما . والبائع الاصلى خصم فى الحالتين . انما الذى يختفى ويظهر انما هو المشترى الاول . ففى حالة رفع الدعوى على المشترى الاول مع البـائع الاصلى ، لا تقبل الشفعة ، لان البيع حاصل من أصل لفرعه . ولكن هل هذا الحظر قائم أيضا فى حالة رفع الدعوى على المشترى الثانى وعلى البائع أيضا ، حتى يقال بعدم قبول الشفعة ؟ ان التعليل القانونى للمادة ٣ القـائلة برفع الدعوى قبل أحد المشتريين ، انما يرجع الى الحق الذى تقرر للشفيع بتسجيل الانذار الصـادر منه بالشفعة . فاذا سجله قبل أى تصرف مسجل من المشترى فهو لا يخاصم الا هذا المشترى . وأما اذا كان هناك تصرف سابق على تسجيل انذاره ، وجب على الشفيع أن يخاصم المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها هذا الاخير لانه لم يتقرر له حق قبله بشأن انذار الشفعة ، وذلك الانذار الذى لم يتسجل الا بعد تسجيل عقد المشترى الثـانى . وفى اكراه الشارع للشفيع برفع الدعوى على المشترى الثانى دون الاول فى حالة تسجيل هـذا المشترى لعقده قبل تسجيل انذار الشفعة ، ومقاضاته بنفس الشروط التى اشترى بها المشترى الثانى ، جزاء من قبل الشارع فى عدم مسارعة الشفيع الى المطالبـة بالشفعة وتسجيل الطلب أى انذار الشفعة . وما دام أن دعوى الشفعة مرفوعة من الشفيع على المشترى الثـانى وعلى البائع الاصلى فلا يمكن القول هنا بأن البيع حاصل من الاصل للفرع حتى تحظر الشفعة على الشفيع لان شرعية الحظر فى حالة البيع الحاصل من الاصل لفرعه ، سواء كانت منصرفة الى الهبة فى أن الاصل أراد ايهاب العقـار المشفوع لفرعه ، أو كانت منصرفة الى القول بعدم خروج العقـار من المالك الى أجنبى عنه ، هذه الشرعية غير موجودة ، فى هذه الحالة ، اذ البائع أجنبى عن المشترى الثانى . وعلى ذلك لا نرى محلا للحظر على الشفيع فى المطالبة بالشفعة فى هذه الحالة . والحظر لا يكون

الا بدوام البيع الحاصل من الاصل لفرعه . ولكن اذا انصرف الفرع زال أثر الحظر الاول

ونرى انه فى حالة تأخير تسجيل عقد المشترى الثانى على تسجيل انذار الشفيع ، وفى تقرير الشارع للشفيع فى ان يخاصم المشترى الاول ، نرى ان فى ذلك حماية من الشارع للشفيع الذى اكتسب حق مخاصمة المشترى الاول بمجرد ان يسجل انذاره قبل تسجيل عقد المشترى الثانى . وما دام ان ذلك حماية من جانب الشارع فللشفيع ان يتنازل عنها . ومن مصلحته ان يتنازل عنها بأن يخاصم المشترى الثانى (ولو أن عقد هذا الاخير متأخر عن تسجيل انذار الشفيع) مع البائع ويطلب العقار بالشفعة بنفس الشروط المقررة بعقد المشترى الثانى . ويستحيل منعه من التنازل عن حماية قررها له القانون . ومن مصلحته ذلك لانه لو خاصم المشترى الاول لدفع دعواه بحظر الشفعة المقررة فى حالة البيع الحاصل من الاصل للفرع . ولكن عند مخاصمته للمشترى الثانى يستحيل على هذا الاخير الدفع بهذا الحظر ، والبائع الاصلى خصم فى الدعوى

على انا نرى من طريق آخر انه يجوز للشفيع ان يرفع دعوى الشفعة ويكيفها بتكييف آخر . اذ يعتبر هذه المرة ان البائع هو المشترى الاول ، وأن المشترى الثانى هو المشترى منه . وفى هذه الحالة لا يلزم بادخال المالك الاصلى . أى ان الشفيع يصرف النظر عن البيع الحاصل من الاصل لفرعه . ثم يشفع بالنسبة للبيع الثانى الذى لا دخل فيه للاصل . ويشفع هذه المرة بالشروط المقررة للشفعة [1]

٣ . — اذا بيع العقار من الزوج لزوجته أو من الزوجة لزوجها فلا شفعة

٤ . — البيع الحاصل من جد الزوج الى الزوجة وبالعكس البيع الحاصل من

(١) وهو لا يلجأ لهذه الدعوى بهذا الشكل الا اذا فاتته مواعيد الدعوى الاولى أو قضى ضده بمذهب القضاء الذى تقدناه . ويخشى فى هذه الحالة الاخيرة أنه اذا عاد لرفع الدعوى ضد المشتريين وحدهما ، دون المالك الاصلى ، باعتبار أولهما مشتريا ، وثانيهما مشتريا منه ، بعد رفض القضاء فى دعوله الاولى ، أن تكون المواعيد قد انتهت . ولذا ينصح له برفعها مستقلة عن المالك الاصلى

الزوجة الى جد الزوج تجوز فيهما الشفعة ، لان الحالتين خارجتان عن نص الحظر. ولا يجوز فى تفسير المادة ٣ وهى استثنائية وواردة على خلاف قاعدة الشفعة ، ان يمتد سلطانها على غير الاحوال الواردة بها بالتعيين [١]

٥ — لاشفعة فى البيع الحاصل من المالك لاحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة وعلى ذلك لاشفعة فى البيع الحاصل من أخ لاخيه أو من أخت لاخيها ، لان المتبايعين قريبان من درجة واحدة ، ولا البيع الحاصل من الاخ لابن الاخ ، لان القرابة من الدرجة الثانية ولا البيع الحاصل من ابن الاخ لابن الاخ [٢] لان القرابة بينهما من الدرجة الثالثة [٣] . وتحتسب درجات القرابة بالرجوع للمادة ٢٤٠ فقرة ٢ مرافعات (ولا مثيل لهذه الفقرة بالقانون المختلط) ونصها « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الاصول [٤] طبقة فطبقة [٥] الى الجد الاصلى [٦] بدون دخول الغاية [٧] وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة » [٨]

---

(١) ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠ . وان كان الشارع قد لاحظ فى الشفعة ان الرابطة بين جد الزوج والزوجة ليست جديرة بالحماية الى حد حظر الشفعة على الغير ، الا أنه لاحظ عكس ذلك فيما يتعلق بالشفعة فجعلها فرضا على جد الزوج لزوجة ابنه : المادة ١٥٥ — ١٥٦ / ٢١٧ — ٢١٨ مدنى (٢) أى من المالك لابن العم (٣) مرجع القضاء ص ٣٤٠ ن ٩١٧٤ (٤) par génération (٥) en remontant

(٦) l'auteur commun (٧) qui ne sera pas compté

(٨) en rescendant sur la ligne collatérale : سوهاج الجزئية فى ٢٧ يناير سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٨١ عدد ١٢٨ . فالبيع مثلا كما قلنا الحاصل من المالك لابن العم أى الحاصل من ابن الابن لابن الاخ يعتبر من الدرجة الثالثة . وبيانه بالرسم هكذا

أب

ابن ابن

ابن ابن

فالبيع الحاصل من ابن الابن الاول لابن الابن الثانى هو بيع حاصل من قريب لقريب من الدرجة الثالثة اذ الاب لا يعد فى حساب الدرجات ، كذلك ابن الابن الاول لا يحسب . وبوجه عام يجب أن يخصم من مجموع النقط نقطتان . والنقط فى الرسم هى خمسة يخصم منها اثنتان فالباقى ثلاثة وهى درجة القرابة

٥٣١ — العقار المشفوع مباع ليكون محل عبادة: لا شفعة فى هذا العقار سواء كان قد أعد ليكون محل عبادة أو ليكون ملحقاً بمحل عبادة . وفى ذلك تقرر المادة ٦ ما يأتى: « لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به » ويصدق هذا الحظر مهما كان نوع الديانة الخاصة بهذه العبادة . ولا يصدق على المدارس والملاجىء والمستشفيات لأنها ليست محلات عبادة [1]

٥٣٢ — العقار المشفوع متنازع فيه: حظر الشارع على طائفة معينة من موظفى الحكومة ومن يلحق بهم الشراء فيما اذا كان العقار (أو الحق فى ذاته بوجه عام) متنازعاً فيه [2] وهم القضاة والمحامون الى غيرهم ممن وردوا على سبيل الحصر (المادة ٢٥٧ / ٣٢٠ مدنى) والسبب فى الحظر أن شراء الحق المتنازع فيه ينطوى تحته غرض المضاربة فى الحق ، والمضاربة ممنوعة على من يتولون امر القضاء . وهل يتناول هذا الحظر فى الشراء الحظر أيضاً فى طلب الشفعة ؟ لعل السبب واحد فى الاثنين وهو المضاربة فتحظر الشفعة كما يحظر الشراء ، لان الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه وواجباته أمام البائع فيعتبر هو المشترى . نعم ولو أنه لم يرد نص بقانون الشفعة يحظر حق طلب الشفعة ، ولكن الحظر واضح ، لان فى الشفعة شراء فيه الشفيع مشتر، والمالك الاصلى بائع

٢ — فى العقار المشفوع به

٥٣٣ — العقار المشفوع به موقوف: « لا شفعة للوقف »(المادة ٤)

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٢٩ ن ٢٤

(٢) litigieux والحق المتنازع فيه هو الحق الذى يترجح فيه تعذر الحصول عليه من غير طريق القضاء : ١٥ مايو سنة ٩١٥ ، ٢٧ ، ٣٣١ — دى هلس ج ٤ ص ٤٤٤ ن ٤٠ ، وليس بلازم أن يكون الحق تحت القضاء كما يقول فتحي باشا ص ٢٢٦ — الهلالى بك ص ٢٥٢ ن ٤١٤

ولعل السبب فى ذلك أن الوقف نظام استثنائى وارد على خلاف العادة ، والشفعة كذلك[1] .

٥٣٤ — العقار المشفوع به محتكر : أجاز القضاء الشفعة للعقار المحتكر[2] وانا نقر هذا الرأى ولو أن حق الشفيع باعتباره صاحب حق الحكر كحق المستأجر ، وأن البناء بأرض محتكرة ليس له حق البقاء على الدوام ، بل هو على شرف الزوال ، عند امتناع المحتكر عن دفع الاجرة[2] تقول ذلك لانه مالك للبناء ، والبيع فيه صحيح . ولا يعتبر عدم استقرار البناء وتهدده بالزوال المحتمل سبباً لمنع حق الشفعة

٥٣٥ — العقار المشفوع به محل عبادة أو ملحق بمحل عبادة : لا نرى محلا للشفعة برغم عدم النص ، اذ محل العبادة ملحق بالوقف

٥٣٦ — الاحوال الاخرى : واذا كان الشارع قد حظر الشفعة فى الاحوال المبينة بالمادة ٣ فى التبايع الحاصل بين الاصول والفروع ، وبين الازواج ، وبين الاقارب لغاية الدرجة الثالثة ، أى لاتجوز الشفعة عند الغير فى العقار محل هذا التبايع ، فان هذا الحظر لا يتمشى مطلقا على هؤلاء المشترين فيما اذا تقرر لهم حق الشفعة على عقار مملوك للغير . وعلى ذلك اذا باع الاب لابنه عقاراً وحظر على جار الابن المطالبة بالشفعة فى هذا العقار ، فانه يجوز للابن أن يشفع فى عقار الجار لو باع هذا الاخير عقاره للغير . ولا يفوتنا ان نشير هنا الى أنه يجوز للجار أن يشفع فى العقار المبيع من الاب لابنه ، اذا باع هذا الابن للغير . وهذه الشفعة صحيحة[3] حتى ولو رفعها الجار الشفيع على المشترى من الابن وادخل أباه خصما باعتباره

---

(١) ولا شفعة للوقف سواء كان العقار المشفوع به ذاته هو الموقوف ، أو كان به بناء مملوكا للغير ، حتى ولو باع هذا الغير داره . مرجع القضاء ص ٣٤١ ن ١١٨٢ و١١٨٤

(٢) انظر اول فبراير سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ١٠٧

(٣) على عكس ما يقرره القضاء كما رأينا بحكم محكمة مصر الكلية فى ٢٩ اكتوبر سنة ٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٣٨٧

بائعا أصليا ، أو رفعها على الابن والمشترى منه، باعتبار الابن بائعا والثانى مشتريا منــه . واذا كانت الشفعة محظورة فى العقار المبيع بالمزاد بواسطة الادارة ، أو القضاء قهراً أو برضاء المالكين ، فانها لاتحظر فيما اذا كان المشــترى لهذا العقار أصبح شفيعاً بالنســبة للعقار المجاور له . وعلى ذلك اذا اشترى شخص عقاراً بالمزاد العام ، وحظر على جاره طلبه بالشفعة ، فانه يجوز المشترى للعقار بالمزاد العام ان يشفع فى عقار الجار اذا باعه صاحبه للغير

٧ — فى اجراءات الشفعة

٥٣٧ — لاجراءات الشفعة دوران . اظهار الرغبة ، ودعوى الشفعة .ونرى التكلم على كل منهما على حدة

١ — اظهار الرغبة واحكامها

٥٣٨ — ويشمل اظهار الرغبة أو انذار الشفعة كما يقول العمليون المسائل الآتية : العلم بالشفعة ، كيفية حصول اظهار الرغبة ، مشتملاته ، آثاره على الثلاثة : الشفيع والمشترى والبائع ، وعلى الغير

١— العلم بالشفعة

٥٣٩ — يجب حتما أن يعلم الشفيع بحصول البيع وظروفه حتى يظهر رغبته للمشفوع منهما بالأخذ بالشفعة .ويحصل علمه اما بمعرفة المشترى أو البائع بأن يخبر الواحد منهما الشفيع بحصول البيع وشروطه ، واما يحصل علمه بأى طريقة اخرى

فعن حصول العلم من طريق اخبار البائع أو المشترى للشفيع قد نصت المادة ١٩ عما يأتى : « يسقط حق الشفعة (١) فى الاحوال الآتية .... ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته (٢) فى الاخذ بالشــفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بابداء رغبته (٣) سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء

(١) ne peut plus être exercé (٢) déclaré son intention
(٣) mise en demeure

على طلب المشترى ويزاد على هـذه المسافة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » فاذا ما علم الشفيع وجب عليه اظهار رغبته فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه . واذا رفض المشترى تسليمه العقار بالشفعة وجب على الشفيع أن يرفع الدعوى فى ظرف ٣٠ يوما من وقت اظهار الرغبة ، فاذا لم يظهر الرغبة فى ظرف المدة القـانونية اعتبر ذلك تنازلا منه عن طلب الشفعة . وكما يحصل علمه من طريق المشترى أو البائع فانه يجوز أن يحصل من طريق آخر كما ذكر . ويجوز اثبـات حصول العلم بجميع الوسائل القانونية بما فيها البينة . وفى ذلك تقول المادة ٢٠ مايأتى : « يجوز اثبات التنازل الضمنى [١] عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون[٢] بمـا فيها الاثبات بالبينة [٣] وبمـا فيها القرائن »[٤] . فاذا ثبت علم الشفيع بحصول البيع ومضى على هذا العلم الزمن المقرر لاظهار الرغبة سقطت الشفعة . وكما يجوز اثبات العلم بالبينة ، فانه يجوز أيضا اثبات التنازل الضمنى بالبينة فيما اذا لم تمض مدة الـ ١٥ يوما . وفى هذه الاباحة بلا حد فى اثبات العلم والتنازل الضمنى ما يجعل حق الشفعة فى خطر يحدق به

« ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد [٥] يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا » (المادة ١٩ فقرة ٣) [٦] ويراد بالعمل الضمنى الاعمال التى تصدر بالفعل من الشفيع وتدل حقيقة على أنه عرف بحصول البيع واسم المشـترى والثمن وظروف البيع بوجه تقريبى ، ثم لم يطالب بالشفعة ، وترتب على عدم مطالبته بالشفعة ان صدرت منه أعمال تقر المشترى وتؤيده ، كما اذا استأجر العقار المشفوع من المشترى[٧] . وقرينة التنازل قرينة قضائية يملك القاضى حرية كاملة فى تقريرها وتقديرها

وأما كيفية حصول علم الشفيع من طريق البائع أو المشترى فان القـانون

---

(١) renonciation tacite (٢) moyens légaux (٣) témoins

(٤) أول مايو سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٧٥ (٥) acte (٦) مرجع القضاء ص ٣٧٠ ن ٢٣١٩

(٧) مرجع القضاء ص ٣٧٢ ن ١٣٣٤ ، ١٣٣٥

ذكر أن يكون ذلك من طريق اخباره بحصول البيع « وتكليفه رسميا » بابداء رغبته . وقد لا حظنا أن عبارة « تكليفه رسمياً » ليست الترجمة الصحيحة للعبارة الفرنسية [١] وتفيد العبارة الفرنسية مجرد الانذار والاخبار سواء كان ذلك حاصلا على يد محضر أو بخطاب عادى [٢]. ويجوز أن يقوم المشترى أو البائع باخبار الشفيع بخطاب أو أمام شهود [٣] أو باشارة برقية . وعند الانكار من جانب الشفيع يجوز للمشترى أو البائع اثبات العلم بجميع أوجه الاثبات

ب — كيفية حصول اظهار الرغبة

بالاخذ بالشفعة

٥٤٠ — « يجب أن يعلن التكليف الرسمى [٤] المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر [٥] وأن يشتمل على البيانات الآتية ... » (المادة ٢١)

« ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى طلبه لهما كتابة على يد محضر [٦] ويكون هذا الاعلان مشتملا .... » (المادة ١٤)

ومن هذين النصين نلاحظ ما يأتى :

١ . — ان عبارة التكليف الرسمى الواردة بالمادة ٢١ غير صحيحة باعتبارها ترجمة للعبارة الفرنسية

٢.— ان تشدد القانون فى جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له. وربما لاحظ هذا التشدد تفاديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع فى حصول اظهار الرغبة . وما دام أن الشارع لم يقرر جزاء لشرط حصول الرغبة على يد

---

(١) mise en demeure (٢) أنظر الالتزامات لنا ص ٢٦٣ ن ٢٧٧

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٣ (٤) mise en demeure

(٥) acte d'huissier (٦) acte d'huissier

محضر وهو البطلان ، فاذا حصل بواسطة خطاب أو اشارة بريدية، صح اظهار الرغبة[١]

ويجوز ابداء الرغبة بنفس عريضة دعوى الشفعة على شرط ان تعان عريضة الدعوى فى هذه الحالة فى ظرف ١٥ يوما من وقت العلم . ويقوم اعلان الدعوى مقام اعلان اظهار الرغبة[٢]

وليس بلازم أن يحصل الانذار من الشفيع للبائع والمشترى باعلان واحد[٣]

ويجب اعلان كل من المشترى والبائع باظهار الرغبة ، ولا يجوز اعلان الواحد منهما دون الآخر ، والا كان الاعلان باطلا وترتب عليه سقوط الشفعة فيما اذا مضى ميعاد الـ ١٥ يوماً [٤] ويصح الاعلان فيما اذا حصل فى مدة ١٥ يوماً للمشترى وحده ثم حصل للبائع بعد مضى هذه المدة ، ثم رفعت دعوى الشفعة فى المدة القانونية وهى ٣٠ يوماً ، وأعلن كل من المشترى والبائع لجلستين مختلفتين. وذلك لان المادة ١٩ لا تشير الى ضرورة الاعلان الا لمن كان له مصلحة ظاهرة فى الشفعة وهو المشترى ، ولان المادة ١٥ لم تشترط ضرورة اعلان المشترى والشفيع معا لجلسة واحدة [٥]

وتحتسب مدة الـ ١٥ يوماً من وقت الانذار أو من وقت العلم ، أى من اليوم

---

(١) فتحى باشا ص ٩٢ و٩٣ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٦٤ ن ١١٨ و ١١٩ . — ١٤ يونيو سنة ٩٠٦ ١٨ ، ٣٢٧ . أما القضاء الاهلى فيرى بغير حق عكس ذلك ويقضى بان يكون اظهار الرغبة بالشفعة على يد محضر. فاذا كان الخصوم مصريين وكانت دعوى الشفعة من اختصاص المحاكم الاهلية وحصل اظهار الرغبة على يد محضر المحكمة المختلطة ، بطل اظهار الرغبة وبطلت الشفعة معه اذا مضت المدة : طنطا الكلية ١٤ يونيو سنة ٩١٨ ح ٣٤ ص ٢١١ ، وأيده حكم مختلط فى ٢٢ مايو سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٣١٢ ، وفورجور ص ٣٩ والهامش ٣

(٢) أول مايو سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٧٥ ، ١٦ ابريل سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٥٧ ، طنطا الكلية فى ١٢ مايو سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٩ ص ٨ عدد ١٩ فاذا رضى المشترى بالشفعة ، فلا محل وقتئذ لقيد الدعوى بجدول المحكمة ، والا التزم الشفيع بمصاريف القيد (حكم طنطا السابق ، دى هاس ج ٣ ص ٢٦١ ن ١٢٠)

(٣) فتحى باشا ص ٩٣ (٤) ٢٩ يناير سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ١٢١

(٥) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٣ ن ١١٤

الذى حصل فيه العلم أو حصـل فيه الانذار [١] ولا يحتسب أول يوم [٢] وهو الذى حصل فيه العلم (المـادة ١٦/١٨ مرافعات) [٣] ويجوز مد الميعاد بسبب بعد المسافة (المادة ١٩) واذا وقع آخر يوم للمدة يوم عطلة رسمية امتدت المدة لليوم التالى [٤] واذا كانت أيام العطلة الرسمية أكثر من يوم اعتبر آخر يوم للمدة القانونية هو اليوم التالى وحده دون غيره لآخر يوم من أيام العطلة [٥]

ومدة الـ ١٥ يوماً ليت مدة تقادم [٦] بل هى مدة سقوط [٧] . وعلى ذلك فهى تسرى على مفقودى الاهلية والغائبين ، ولا تقبل قطعاً ولا ايقافا

ج — مشتملات اظهار الرغبة

فى الاخذ بالشفعة

٥٤١ — ويجب فى اعلان اظهار الرغبة « أن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا [٨] وهذه البيانات هى : أولا بيان العقـار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً [٩] مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع [١٠] واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى » (المادة ٢١) ويجب فوق ذلك ان « يكون الاعلان مشتملا [١١] على عرض الثمن [١٢] وملحقاته الواجب دفعها قانوناً [١٣] »(المادة ١٤) فاذا لم يتوافر بيان هذه المشتملات باعلان اظهار الرغبة سقط حق الشفعة . أما هذه البيانات فالامر فيها ظاهر فى جميعها ماعدا

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٤ (٢) Dies a quo (٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٥ (٤) استئناف ٢١ يناير سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ٥ عدد ٥، ح ٣٤ ص ١٠٦ (٥) طنطا الكلية سنة ٩١٩ بدون تاريخ الحكم ، انما ذكر فقط بالمجلة نمرة القضية ٥٣٠ سنة ٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٤٠١ عدد ٧٧ (٦) Prescription
(٧) Déchéance (٨) A peine de nullité (٩) Description exacte
(١٠) Charges de la vente (١١) Contenant
(١٢) L'offre du prix (١٣) Légitimes accessoires

مسئلة عرض الثمن ، وهى المسئلة التى أثارت حولها آراء مختلفة فقهية وقضائية ، وفصلت فيها أخيراً الدوائر المجتمعة الاهلية

٥٤٢ — الرأى الاول: وجوب عرض الثمن عرضا حقيقيا[١] وأدلته هى :

١) ان كلمة عرض الواردة بقانون الشفعة تعتبر العرض الحقيقى [٢] لان العرض لا يحتمل ان يكون مجازيا . وربما يتعارض المجاز فى العرض مع الظروف والاحوال المعروفة فى الشفعة [٣] باعتبارها حقاً مكروهاً [٤]

٢) لا محل للاعتراض بتعطيل الاستفادة من مبلغ يودع بخزينة المحكمة بدون استغلال ، لان السبب فى ذلك هو المشترى الذى لم يقبل العرض فالخسارة عليه . ولان الشفيع فى حل من المطالبة بريع العقار المشفوع من وقت اظهار الرغبة حتى التسلم [٥] وفوق ذلك فان دعوى الشفعة ينظر فيها بوجه السرعة (المادة ١٦) ولا تقبل المعارضة ، وميعاد الاستئناف فيها ١٥ يوما (المادة ١٧)[٦]

٣) « ان وصف الشفيع بأنه مشتر محتمل وأنه لا يصبح مشترياً حقيقة الا فى يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصح الزامه بأن يدفع مقدماً ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، وصف غير صحيح . أما انه قد لا يصبح مشتريا لها فذلك ما لا تأثير له فى ايجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع فى طلبه الشفعة اذا قبلها المشترى . وأما انه مشتر لطبق عليه

---

(١) انظر فى ذلك : مرجع القضاء ص ٣٥٣ ن ١٢٣٢ و١٢٣٥ — ١٢٣٨ و ص ٣٠٤ ن ١٢٤٠ — ١٢٤٥ (٢) offre réelle (٣) طنطا ٧ مايو سنة ٩٠٤ ح١٩ ص٩٨

(٤) ٨ مايو سنة ٩١٨ م ر ١ ، ١٩ ص١٤٧ عدد ١٠٢ ، ٢٤ ابريل سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٣ عدد ١٨ . وقال محمد صاحب الامام الاعظم « لا يقضى حتى يحضر الثمن لان الشفيع عساه ان يكون مفلسا » (الجزء ٥ من حاشية ابن عابدين فى باب الشفعة)

(٥) استئناف ٢٥ ابريل سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ١٣ عدد ١٨

(٦) طنطا الكلية ٢٢ اكتوبر سنة ٩١٩ المحاماة ١ ص ١٣٩ عدد ٢١ وهذا الحكم هو أهم أحكام الشفعة التى صدرت فى الاخذ بنظرية العرض الحقيقى . ولذا رأينا ان نأتى فيما بعد فى قسم الادلة ببعض أسباب الحكم لاهميتها

قواعد البيع فلا وجه لان الشفعة نزع للملكية [١] وان أشبهت البيع ولهذا وضعت لها قواعد خاصة والا لاكتفى الشارع بقواعد البيع [٢] »

٤) « ان وجوب العرض الحقيقي ظاهر فى حكمة الشفعة ومن نصوص دكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ فان الشفعة اذا كانت بقضاء القاضى نزع للملكية المشترى جبراً عنه . فاذا كان الحكم بالشفعة لا يسقط الا بعد خمسة عشر سنة وكان لابد لزوال أثره من التقادم أو من دعوى جديدة بفسخ البيع لعدم دفع الثمن اذا لم يقم الشفيع بدفع الثمن وقت صدور الحكم فان هذا يجعل الشفعة نقضاً شديداً لحرية التعاقد والعمل لان يد الشفيع بعد الحكم بالشفعة لا تبيح له حرية استعمال العقار المشفوع والتصرف فيه . ثم هو لم يجن ذنباً فى اعتراض الشفيع له ، ومركزه فى الشفعة سلبى محض فكيف يكلف بالانتظار أو بالمخاصمة ان أراد أن تستقر يده ويطمئن على ملكه . فطبيعى اذن أن يكلف الشارع الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقياً ، فاذا لم يقبله المشترى بادىء الرأى وانتظر حتى صدر القضاء بالزامه كان آمناً أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه . ويزداد هذا جلاء بمراجعة المادتين ٨ و ١٧ من دكريتو نزع الملكية للمنافع العمومية والمادة ١٣ من دكريتو الشفعة . فان نزع الملكية بالشراء سواء بالشفعة أو للمنافع العمومية يجب أن يستوفى اجراءاته وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائياً ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المنزوع تحت يد من نزع ملكه ، وعدم الجائه الى المخاصمة بها والمادة ١٣ تكملة لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع الى مقاضاة الشفيع بباقى الثمن فى الاصل الذى منحه المشترى فهى والمادة ١٤ ترميان الى غرض واحد» [٣]

---

(١) قد يلاحظ هنا ان الشفعة ليست نزعا للملكية ، وليست بيعا الزاميا vente forcée بل هى حلول بسيط فى ان يحل الشفيع محل المشترى: ٢٥ مايو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٢٩٩ ، ج ع ٢ ص ٢٨٢ ن ٢٩٨٢ (٢) طنطا الكلية ٢٢ اكتوبر سنة ٩١٩ المحاماة ١ ص ١٤٢ العامود الثانى . ونلاحظ اننا ننقل هنا نفس أسباب الحكم كما حرره الحكم بالذات

(٣) حكم ٢٢ اكتوبر السالف الذكر : المحاماة ، ١ ص ١٤١ العامود الثانى و ص ١٤٢ العامود الاول

٥) « ان العرض المشار اليه بقانون الشفعة هو العرض الحقيقى الذى رتب قواعده قانون المرافعات . لانه ان لم يكن كذلك فلا يخلو الامر فيه من أحد معنيين : الاول أن يكون بمعنى الايجاب فى العقود ، ويغنى عنه فى هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلا عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضى ليست عقداً لانها تملك مال بغير اذن مالكه . والثانى أن يكون بمعنى الاستعداد لدفع الثمن . ولا وجه لهذا التأويل لان الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة الشفعة فليس وجوده أو انقطاعه معلقاً على ما يبديه الشفيع . هذا فضلا عن أن العرض بهذا المعنى ليس من الاوضاع القانونية ، اذ ليس فى القانون المصرى كله ولا فى القانون الفرنسوى أو الشريعة الاسلامية اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد . والقول بأنه كذلك فى قانون الشفعة مصادرة مع المطلوب . وغير مجد أن يقال أن الشارع لم يصفه بأنه عرض حقيقى لانه لم يثبت أن الشارع يعرف نوعاً آخر من العرض . والاحتجاج بالمادة ١٧٥ [١] من القانون المدنى فى غير محله لان تفصيل شكل العرض جاء من ان المادة سبقت لبيان حكمه من الابراء . أما المادة ١٤ لحاجة التحرير لا تقضى لزوما بتفصيل شكل العرض » [٢]

٥٤٣ — الرأى الثانى : يكفى مجرد العرض البسيط [٣] ، وأدلة هذا الرأى هى :

---

(١) ونصها ما يأتى : « ومع ذلك اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات » ووجه الاحتجاج بهذه المادة على ما يظهر لنا أن أنصار العرض البسيط يقولون بأنه لو كان الشارع يريد العرض الحقيقى المقصود بقانون المرافعات لكان نص على ذلك بقانون الشفعة

(٢) حكم ٢٢ اكتوبر سنة ٩٠٩ المذكور ص ١٤١ العامود الاول والثانى

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٥—٢٦٦ ن ١٢٢ —١٢٣ . — فتحى باشا ص ٩٣ — ١٨ مايو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣١٦ ، ج ٢ ص ٢٨١ ن ٢٩٧٩ . — مرجع القضاء ص ٣٥٢ ن ١٢٣١ وص ٣٥٣ ن ١٢٣٣ و١٢٣٤ وص ٣٥٤ ن ١٢٣٩ وص ٣٥٥ ن ١٢٤٦ و١٢٤٧

١) ان عبارة المادة ١٤ فى قولها بان الاعلان يكون مشتملا على عرض الثمن تدل على أن العرض ليس العرض الحقيقى . لانه لو كان ذلك غرض الشارع لقال بدلا عن العبارة المتقدمة « ويكون هذا الاعلان مقرونا بعرض الثمن وملحقاته » [١]

٢) اعتاد الشارع عند ذكر كلمة العرض أن يلحقها بكلمة حقيقى ، كما فعل ذلك بالمادة ١٧٥ مدنى و ٦٨٥ مرافعات

٣) ان فى تشبيه الشفعة بنزع الملكية قياسا مع الفارق ، لان نزع الملكية لا يكون الا بمرسوم ، وبعد صدوره يدفع الثمن . والمرسوم يحكى الحكم الذى يصدر فى الشفعة

٤) ان حق الشفعة استثنائى ويقيده القانون بقيود عدة فلا يجوز اضافة قيود لم يقل بها الشارع (الحكم المذكور)

٥) ان علماء الشريعة الاسلامية ما عدا محمد صاحب الامام الاعظم ابى حنيفة مجمعون على عدم تكليف الشفيع باحضار الثمن . والقانون المدنى وقانون الشفعة بعده لم يخالفا هذا الحكم الشرعى

٦) من العبث العرض مع الايداع لما فيهما من فوات استغلال المال ، الامر الذى لا يتفق والمصالح الاقتصادية [٢]

٥٤٤ — رأى الدوائر المجتمعة الاهلية : ولما تفاقم الخلاف بين أحكام المحاكم عرض الامر على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية فاصدرت فيه

وحكم محكمة اسكندرية الكلية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ المحاماة ، ٣ ص ٤٠٥ عدد ٧٨ و م ر ١ ، ٢٢ ص ١٨٦ عدد ١٥ و ح ٣٧ ص ١٢١ عدد ٤٦ وهو اهم هذه الاحكام وهو يعادل فى أهميته هنا حكم محكمة طنطا الكلية فى ٢٢ اكتوبر سنة ٩١٩ الذى ألم بأدلة العرض الحقيقى

(١) حكم اسكندرية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ المذكور

(٢) انظر فى هذه الادلة كلها حكم اسكندرية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ المذكور

حكمها بتاريخ ٢٩ مارس سنة ٩٢٣ بتأييد الرأى الثانى وأن ليس من اللازم لصحة الشفعة العرض الحقيقى ، بل يكفى العرض البسيط [1] واستندت محكمة الدوائر فى حكمها على ما يأتى :

١) ان القضاء المختلط مجمع على العرض البسيط

٢) ان الشفعة مأخوذة عن أحكام الشريعة الاسلامية ، وقال الفقهاء فيها أنها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى . أى لا يعتبر الشفيع الا بتراضيه مع المشترى ، أو بحكم القاضى . ولا يلزم الشفيع بدفع الثمن الا فى اليوم الذى يصبح فيه مالكا

٣) وعلى ذلك يكون حكم الشفعة هو الناقل للملكية وليس مظهراً أى مقرراً لها . وللمشفوع منه وهو المشترى حق استغلال العقار له خاصة حتى يتقاضى الثمن

٤) ان القضاء السابق على صدور قانون الشفعة مجمع على الاكتفاء بالعرض البسيط . وأخصه القضاء المختلط . ولما عرض قانون الشفعة المختلط على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة أولا وأقرته وصدر قانون الشفعة المختلطة فى ٢٦ مارس ٩٠٠ ، صدر قانون الشفعة الاهلى بعده بسنة فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ نقلا عن نظيره المختلط مادة مادة . وفى ذلك معنى تأييد المبدأ القضائى السابق فى الاكتفاء بالعرض البسيط

٥) ان الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى والمقابل لنص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى من بعض وجوهه لا يشترط فيه الشارحون الفرنسيون العرض الحقيقى

٦) ان المادة ١٤ لم تنص على العرض الحقيقى ، ولا على الجزاء المترتب على عدم حصوله

---

(١) وهو منشور بالمجلات م ر ١ ، ٢٤ ص ٤١ عدد ٢٦ ، المحاماة ، ٣ ص ٢٦٦ عدد ٢٠٠ — وملخصه بمرجع القضاء ص ٣٤٥ ن ١٢٤٨

٧) ان مسقطات الشفعة وردت بعبارات صريحة فى القانون : ١ — التنازل عن الشفعة (المادة ١٩) ٢ — عدم توافر البيانات الخاصة بالعقار وغيره (المادة ٢١) ٣ — سقوط الشفعة بمضى ٦ شهور من تاريخ تسجيل عقد البيع (المادة ٢٢). هذا وسقوط الحقوق من المسائل الدقيقة التى لا يجوز التوسع والاخذ فيها بما لم يذكره القانون

٨) ان قانون الشفعة لم يضع عبارته فى العرض بالصيغة التى صاغ بها القانون المدنى بالمادة ١٧٥ (فيما يتعلق بعرض المدين الدين على دائنه بالطرق المقررة فى قانون المرافعات) وبقانون المرافعات بالمادة ٦٨٥ (فى قولها بالعرض الحقيقى على يد محضر)

٩) ان فى تكليف الشفيع بالعرض الحقيقى صعوبة ان لم تكن استحالة لانه ان صح للشفيع أن يطعن فى صورية الثمن وأثبت طعنه وأراد استرداد ما دفعه زائداً وكان المشفوع منه معسراً ، ضاع على الشفيع ما حكم له به

١٠) اذا تبين لقاضى الشفعة عدم جدية الدعوى فله أن يقرر من باب العدالة تكليف الشفيع بايداع الثمن وملحقاته فى ميعاد يعينه . فاذا لم يحصل الايداع جاز وقتئذ رفض دعوى الشفعة . ولقاضى الشفعة أيضا تحديد ميعاد لدفع الثمن بالحكم الذى يصدر بالشفعة بحيث اذا لم يدفع الثمن تسقط الشفعة

هذه هى أدلة محكمة الدوائر أوجزناها من حكمها المطول . وانا لنؤيد الرأى الاول بضرورة العرض الحقيقى . ولا نرى فى أدلة محكمة الدوائر ما ينهض فى ادحاض هذا الرأى : بل على العكس نرى أن من بين أدلتها ما يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الاصول الاصلية العامة التى يجب مراعاتها فى الشفعة باعتبارها حقا مدنيا حماه القانون المسنون من مدنى ومرافعات وغيرهما ، وتحميه الاصول العامة القانونية. ونؤيد رأينا بالرد على رأى محكمة الدوائر بما يأتى :

١) ان حق الشفعة ولو أن مصدره من آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، الا أنه أصبح ، وقد وضعت له أحكام خاصة معينة بالقانونين المدنى المختلط سنة ١٨٧٥

والاهلى سنة ١٨٨٣ ، وبقانونى الشفعة المختلط سنة ٩٠٠ والاهلى سنة ٩٠١، أصبح حقاً مدنياً صرفاً ، وأصبح كما قلنا فى طبيعته حقا متجنسا بالجنسية المدنية البحت . وعلى ذلك لا يجوز مطلقا الرجوع فى تقرير أحكامه الى الآراء القديمة السابقة على سن أصوله الحاضرة . ولذا لا نرى محلا هنا للرجوع الى رأى محمد صاحب الامام الاعظم فى تقريره لضرورة احضار الثمن ، ولا للرأى الآخر المجمع عليه لدى الآخرين من الأئمة فى عدم ضرورة احضار الثمن . انما الذى يجب الرجوع اليه هو الاصول العامة للقانون المستفادة من القوانين المسنونة الحاضرة، ومن علم القانون فى ذاته . ونرى فى الاستعانة بأحكام الفقهاء السابقين ما يتنافر مع تقرير الاصول القانونية الحاضرة وينقض النصوص الموضوعة ويصرفها عما يجب أن تتحد معه فى ميدان القانون الحاضر المسنون والمعين تعيينا

٢) أما وحق الشفعة قد أصبح مقيداً فى أركانه وشروط المطالبة به من اظهار رغبة ومن رفع دعوى فى مواعيد معينة ومن حظر المعارضة وتقصير أجل الاستئناف ، فقد قيده القانون مع ذلك بقيود وحصره فى دائرة معينة وأخرجه من حظيرته الاولى وقد تعارضت الآراء فيه ، الى حظيرة قانونية معينة محدودة قطعت خط الرجعة على الخلاف فيه . ومتى كان حق الشفعة قد أصبح حقا قانونيا مدنيا وجب أن يخضع للاحكام العامة الا ما نص عليه بنص خاص . والعرض المعروف فى القانون المدنى وقانون المرافعات هو العرض المصحوب بالايداع ، وهما عمليتان ماديتان لا يمكن حصولهما الا اذا حصل العرض حقيقة وأودع المبلغ فعلا بخزينة المحكمة . وعلى ذلك لا محل للقول فى أن الشارع لم يذكر بقانون الشفعة ما ذكره بالمادة ١٧٥ مدنى و ١٨٥ مرافعات . لان حق الشفعة يخضع كما قلنا فيما لم ينص عليه الى أحكام القانون العامة . ونرى أن فى عدم الذكر سببا أدعى الى خضوع حق الشفعة الى الاحكام العامة ، لا أن عدم الذكر يجعل العرض بسيطا

٣) ان حكم الشفعة حكم مظهر لا مثبت أى مؤيد ومقرر لا منشىء . وقد

شرحنا ذلك فى مكانه . وقلنا بأن للحكم أثراً رجعيا يرجع لوقت وصول انذار الشفعة الى المشترى والبائع ، أو لوقت الانذار المرسل من أحد الاخيرين الى الشفيع . ويستحيل أن يكون الحكم منشئاً للحق (فى الوقت الذى يجب أن يقال فيه بأن حق الشفعة مقرر من وقت اظهار الرغبة) الا يتعارض قول محكمة الدوائر فى هذا الشأن (الدليل ٣) مع الاصول القانونية العامة الحاضرة فى أن جميع الاحكام مقررة أى مظهرة للحق لا منشئة له أى لا مثبتة ، ما عدا حكم مرسى المزاد ؟

٤) ان القول باضطرار القضاء فى الاخذ بالعرض البسيط فى القانون المدنى وقبل سن قانون الشفعة الخاص ، يؤيد صحة المذهب القائل بهذا العرض البسيط قول لا ينهض فى أن الشارع أراد بقانون الشفعة الجديد تأييد قضاء سابق . ذلك لان الشارع ، سواء كان واضع القانون المدنى أو واضع قانون الشفعة الجديد ، قد جعل حق الشفعة حقا قانونياً عصريا خاضعاً للقوانين المسنونة ، وفى الوقت ذاته رسم له قيوداً معينة . فاذا قلنا بالعرض الحقيقى فانا لا نأتى بقيد جديد لم يقل به قانون الشفعة ، بل نقول بقيد مستقى من القواعد العامة . لان العرض المقول به بقانون الشفعة بالكلمة الفرنسية [١] لا يمكن أن يكون الا العرض القانونى المعروف فى القوانين المسنونة الآن ، أى عرضا حقيقيا مشفوعا بالايداع. وهذا العرض الحقيقى المصحوب بالايداع هو من أوضاع القوانين العصرية الحاضرة ، وهى الاوضاع التى تخضع لها الحقوق مهما كانت أنواعها

٥) قالت محكمة الدوائر ان الاسترداد الوراثى المعروف بفرنسا لا يشترط العرض الحقيقى . ونرى أن هذا قياس مع الفارق . ذلك لان الاسترداد الوراثى الفرنسى المقرر بالمادة ٨٤١ لم يرسم له الشارع طرقا معينة واجراءات خاصة كما فعل الشارع المصرى بقانون الشفعة . بل ذكره بتلك المادة المفردة ٨٤٠ بالنص الآتى : «اذا أسقط أحد الورثة حقه فى الميراث [٢] لغير وارث حتى ولو كان هذا الاخير قريبا للمتوفى ، كان للورثة كلا أو بعضا الحق فى اقصاء المسقط اليه من القسمة يدفع

(١) Offre (٢) Droit à la succession

قيمة الاسقاط اليه »[١] ونلاحظ هنا بأن الشارع الفرنسى لم يأت بذكر لعرض الثمن[٢] كما فعل الشارع المصرى . ولذا سار القضاء بفرنسا وأيده الفقه بأن لا ضرورة للعرض الحقيقى [٣] وأجاز استخدام المادة المذكورة بمثابة دفع فى الدعوى [٤] بدلا من رفع دعوى مستقلة . وأجاز أيضا للقاضى تعيين مدة لدفع المبلغ والا سقط حق الاسترداد الوراثى [٥] . فهل تتفق هذه الاحكام الخاصة بالاسترداد الوراثى الفرنسى مع أحكام الشفعة المصرية مع ما فى هذا الحق الاخير من اجراءات وقيود خاصة معينة ؟ وهل يجوز استخدام حق الشفعة هنا بمثابة دفع فى الدعوى ، أم لا بد حتما من الالتجاء الى الطرق المسنونة ؟

٦) انه وان كان قانون الشفعة لم يذكر عبارة العرض الحقيقى كما ذكرها الشارع بالمادة ١٧٥ مدنى والمادة ٦٨٥ مرافعات فانه لا يستدل منه على أنه أراد بكلمة العرض [٦] مجرد اظهار الرغبة البسيطة ، بل أراد بها حتما العرض الفعلى القانونى المصحوب بالايداع . والا كان من السهل عليه استعمال نفس الصيغة التى وردت بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى و٤٦٢/٥٦١ مدنى مصرى القائلة بدفع المبلغ[٧] . وانقسم قانون الشفعة الى قسمين قسم مدنى بحت ، وقسم اجراءات . وبين الشارع شروط الحق من وجهته المدنية بما خالف فيه كثيراً وفى مواطن عدة أراء الفقهاء فى الشفعة الاسلامية . وأما ما لم يبينه فانه يجب الرجوع فيه لا الى الشفعة الاسلامية ، بل الى الاصول المقررة فى الوقت الحاضر بالقانون المدنى بوجه خاص ، وبعلم القانون بوجه عام ، وأما قسم المرافعات فقد عين الشارع اجراءاته وقيوده وعطل فى حق الشفعة كثيراً من الاصول المقررة فى قانون المرافعات بان قيده بقيود تنم على أن الشارع أراد أن لا ينموا هذا الحق الا فى دائرة ضيقة من نواحى القانون . وفى هذا القسم قرر الشارع العرض . وان كان لم يلحق

---

(١) En remboursant le prix de la cession (٢) Offre

(٣) انظر تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ مدنى فرنسى ص ١٩١ ن ٢٥٤ طبعة سنة ٩٠٥

(٤) par voie d'exception (٥) ن ٢٥٦ من الكتاب المذكور .

(٦) Offre (٧) En remboursant le prix

كلمة العرض بكلمة الحقيقى كما ذكرها بالمادتين ١٧٥ مدنى و ٦٨٥ مرافعات ، الا ان العرض المعروف فى القانون وعلى الاخص فى حق كله قيود من جهته المدنية ومن جهته فى الاجراآت ، هو العرض الحقيقى المصحوب بالايداع

٧) والقول بخطر محدق بالشفيع فى حالة اثباته لصورية الثمن واستحالة استرداده لما يثبت الصورية فيه ، قول لامحل له . لانه يجوز للشفيع أن لايعارض الا ما يعتقد صحته من الثمن الحقيقى . انما يجب عليه فى هذه الحالة اثبات ما يدعيه فان فشل كان عرضه ناقصاً ، وتسقط شفعته . وان نجح فعرضه سليم وصحت شفعته . على أنه اذا عرض الثمن وأبى المشترى استلامه وجب ايداعه بخزينة المحكمة وهنا لا محل للخوف من اعسار المشترى

٨) ان فى الاجازة للقاضى بالزام الشفيع بايداع الثمن أثناء نظر الدعوى اذا ما لمح من ظروفها كيداً للمشترى ، وأنه لا تعلوها مسحة الجدية ، والا سقط حق الشفيع ، فى هذه الاجازة تسليم نوعا ما بصحة العرض الحقيقى . نعم ولو أن هذه القاعدة قد أقرها القضاء الفرنسى كما بينا فى حالة الاسترداد الوراثى ، وأخذتها عنه الدوائر المجتمعة فى حكمها المذكور ، وأنه يصح الاخذ بها فى حالة الاسترداد المصرى المقرر بالمادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى ، فان ذلك لا يشفع فى القول بعدم ضرورة العرض الحقيقى أولا . لانه وقد صح القول بالتجويز للقاضى فى الزام المسترد بايداع الثمن أثناء نظر الدعوى اذا ثبتت له من بعيد أو قريب بوادر المكيدة والارهاق من جانب المسترد ، فانه مما يجب الاخذ به بلا تردد ضرورة تقرير قاعدة العرض الحقيقى فى حق الشفعة ، وقد أصبح هذا الحق لا يتصرف فيه صاحبه لدفع سوء جوار ، بل لجلب منافع من طريق الحاق الاضرار بالمشترى . أو ليس فى تحويل الحق من أصل شرعيته الى طريق المضاربة اضرار بحملة الحقوق المقررة ، بما يجعل هناك محلا للقول بضرورة أخذ الحيطة من بداءة الامر ، تلك التى قال فيها الشارع بالعرض [1] لا بتلك الصيغة المعروفة فى المواد ٨٤١ فرنسى

(١) offre

الحيطة و٤٦٢/ ٥٦١ مدنى و ٦٨٥ مرافعات

٥٤٥ — ايداع الثمن بعد العرض . ولا بد من الايداع بعد العرض والا كان العرض باطلا [١]

٥٤٦ — الطعن فى الثمن بالصورية : وأما والعرض حقيقى فيجب أن يعرض الشفيع الثمن المبين بالعقد . فاذا طعن فيه بالصورية جاز له أن يعرض القدر الذى يراه حقيقيا ، على شرط الزامه باثبات صورية الفرق ، فاذا لم يستطع الاثبات كان عرضه باطلا وسقطت معه الشفعة [٢]

٥٤٧ — اليمين فى الشفعة : يوجه الحلف باليمين فى الشفعة فى حالتين : أولا اذا أنكر البائع والمشترى حصول البيع والشراء (اذا لم يكن العقد رسميا أو كان عرفيا وغير مسجل ولم يظهر له أثر فى عالم الوجود) : ثانياً . اذا طعن الشفيع فى صورية الثمن المبين بالعقد

الحالة الاولى : انكار البيع والشراء . الخصم للشفيع فى هذه الحالة هو المشترى والبائع . ولكن الخصم الحقيقى الذى يتصل بالشفيع اتصالا مباشراً هو المشترى . وفى هذه الحالة اما أن يحلف المشترى على عدم حصول الشراء واما أن ينكل

فاذا حلف المشترى بانه لم يشتر من البائع العقار المشفوع أصبح عدم الشراء وانتفاؤه مقطوعا فيه فلا محل مطلقا لتحليف البائع [٣] . لان الشفيع لا يصل الى البائع الا بطريق المشترى ، لانه هو الذى يتصل به مباشرة كما ذكرنا ، فلا سبيل للشفيع حينئذ للوصول للبائع ولاثبات البيع من جهته ، لان الشفع أصبح ممتنع الاثبات بعد ان انتفى أحد شقيه وهو الشراء من جانب المشترى [٤]

---

(١) استئناف ٥ فبراير سنة ٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣١٥ عدد ١٠٠ مرجع القضاء ص ٣٥٦ ن ١٢٥١ . — عكس ذلك مرجع القضاء ص ٣٥٦ ن ١٢٥٠ و ١٢٥١

(٢) مرجع القضاء د ص ٣٦٧ ن ١٣٥٤ — ١٣٥٩

(٣) طنطا الكلية ٦ سبتمبر سنة ٩٢٠ م ٢ ص ٨٥ عدد ٣١

(٤) تعليق الدكتور عبد الحميد بدوى باشا على حكم محكمة طنطا المشار اليه م ٢ ص ٨٧ العامود ٢

أما اذا نكل المشترى عن اليمين فانه يتحقق وقتئذ أحد شقى البيع ويجوز للشفيع الوصول الى البائع وتوجيه اليمين اليه . وفى هذه الحالة اما أن ينكل واما يحلف .

فاذا نكل أصبحت دعوى الشفعة مقبولة لثبوت البيع من جهة البائع وسبق ثبوت الشراء من جهة المشترى

وأما اذا حلف فهنا محل نظر . لانه عند عدم تحقق أحد شقى البيع بسبق ثبوت الشراء (من جهة نكول المشترى) وانتفاء البيع من جهة البائع فهل فى مثل هذه الحالة يعتبر البيع ثابتاً بشقيه قبل الاثنين البائع والمشترى ويجوز حينئذ قبول دعوى الشفعة ؟ أم لا يعتبر ثابتا بالمرة ويتحتم رفض دعوى الشفعة ؟

الذى يجب أن يفتى به فى هذه الحالة ان دعوى الشفعة لاتقبل لعدم ثبوت الشراء من جهة المشترى أى لعدم ثبوت أحد شقى البيع . ولأن الافضل امام تناقض الموقفين وتهاتر اليمينين بقاء الحال على ماهو عليه وهو الاصل أى انتفاء البيع مطلقاً

لانه كيف يمكن القول بحصول الشراء وعدم حصول البيع فى آن واحد ؟ امام هذا التناقض لاتتوافر أركان التعاقد فى البيع وتزول شبهة البيع بل يعتبر غير موجود بالمرة أى كأن لم يوجد

نعم وان كان لا بد وان يكون أحد الاثنين البائع أو المشترى صادقاً والآخر غير صادق الا ان القانون رسم قيوداً خاصة للاثبات وبها يحكم القانون فيما اذا كان العقد موجوداً من الوجهة القانونيه أم غير موجود بصرف النظر عما اذا كان التعاقد وجد فى الحقيقة أم لم يوجد

وأما القول بتحليف البائع والمشترى فى آن واحد حتى مع نكول المشترى فلا محل له البتة بل يجب الاخذ بما قررناه

الحالة الثانية : صورية الثمن . اذا ادعى الشفيع صورية الثمن المبين بالعقد وطلب توجيه اليمين لخصمه فلا يجوز له أيضاً توجيهها الى الاثنين معاً ، بل يوجهها

أولا الى المشترى . فاذا حلفها هذا الاخير قضى برفض الادعاء بالصورية ولا محل لتوجيه اليمين الى البائع . لانه يفرض توجيهها اليه اما ان يحلف فترفض الصورية ولا شك لانتفاء ثبوت أحد شقيها ، وأما ان ينكل فلا تعتبر الصورية قائمة أيضاً لانتفاء الثبوت من أحد جانبيها . وعلى ذلك فلا محل لتوجيه اليمين للبائع فى حالة الحلف من جانب المشترى لعدم تحصيل نتيجة ايجابية من ذلك لأن النتيجة سلبية على اختلاف صورها كما رأينا

وأما اذا نكل المشترى عن اليمين فانه يجب فى هذه الحالة توجيه اليمين للبائع . فان نكل صحت الصورية لانها أصبحت ثابتة بشقيها . وان حلف فلا تثبت الصورية لانها وان ثبتت من جانب المشترى فهى لم تثبت من جانب البائع . وما دام ان أحد ركنيها قد انهار فلا تقوم لها قائمة مع قيام الجانب الآخر

على انه يجب ان ينظر الى البائع والمشترى ، فى حالتى انكار البيع والادعاء بالصورية ، باعتبار ان كل واحد منهما يعتبر غيراً ازاء الآخر أى أجنبياً عنه فلا يصح أن يتأثر أحدهما من عمل الآخر تأثيراً قانونياً من طريق رد الفعل القانونى . بمعنى انه اذا لم يحصل البيع حقيقة من جانب البائع ونكل المشترى عن اليمين فلا يتأثر البائع مطلقاً بهذا النكول . نعم وان كان للنكول أثراً قانوناً بذمة المشترى الا ان هذا الاثر ، فضلا عن انه معلق على شرط نكول البائع ، فانه لا يتعدى ذمة المشترى الى ذمة البائع لان البيع لم يثبت بالطريق القانونى (سواء كان التعاقد حصل فعلا أو لم يحصل بالمرة) ويستحيل ان يقوم الدليل قبل البائع لمجرد نكول المشترى لان الشفعة لا تقوم لها قائمة الا اذا ثبتت الصفقة بشقيها ، والنكول كالاقرار لا يتعدى المقر . ولا أثر للنكول بذمة المشترى ما دام لم ينكل البائع . انما يثبت هذا الاثر اذا حلف البائع كما ذكرنا .

أما اذا حصلت الصفقة حقيقة ولكنها لم تثبت بالكتابة وطبقاً للقيود القانونية فلا يتعدى نكول المشترى فى نتائجه القانونية الى البائع . لان هذا الاخير لا يرتبط

قانوناً بما ارتبط به المشترى الا برضائه وقبوله بهذا الارتباط . وفى نكوله رضاء بالارتباط .

هذا ويجب ان لا يغفل أمر احتمال تواطؤ المشترى مع الشفيع فى النكول عن الحلف ، فان هذا التواطؤ لا يؤثر بشىء ما على البائع . وفى هذه الحالة لا يجوز توجيه اليمين للبائع بل يرفض توجيهها . وعلى كل حال فسواء كان هناك تواطؤ أو لم يكن هناك بالمرة فلا يستطيع الشفيع اشغال ذمة البائع بشىء الا برضاء هذا الاخير ، فاذا نكل اشتغلت ذمته (على شكل نكول المشترى) واذا حلف فلا

٥٤٨ — واذا رأى الشفيع ان للغير حقوقا على العقار أو رأى ان عقد البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعون فيه بالتزوير ، جاز له ايداع الثمن بخزينة المحكمة دون الحاجة الى الالتجاء الى عملية العرض [١] واذا كان الشفيع يعفى فى هذه الحالة من العرض فكيف يتحقق أيضاً اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة الى المشفوع منهما البائع والمشترى ، وهو ذلك الاعلان المقرر بالمواد ١٤ و١٩ و٢١ ؟ نرى من اللازم تحقق ذلك بضرورة اخبار المشفوع منهما بالرغبة فى الاخذ بالشفعة وعلى الاخص اذا خيف ان يحصل الايداع بعد مضى ١٥ يوماً من وقت حصول العلم ، لان اعلان الرغبة شرط ضرورى ، انما يمكن التجاوز عنه اذا رفعت دعوى الشفعة من غير ان تكون مسبوقة بهذا الاعلان ، ولكن على شرط رفعها فى مدة الـ ١٥ يوماً المقررة لاعلان الرغبة

واذا شفع الشفيع فى عقار معين من العقارات المبيعة صفقة واحدة بثمن واحد ، جاز له تقدير العقار المشفوع تقديراً ظنياً يسهل معه القول بأنه تقدير جدى ثم يعرض هذا الثمن [٢]

ملحقات الثمن القانونية : يراد بملحقات الثمن القانونية [٣] المصاريف الرسمية [٤]

(١) مرجع القضاء ص ٣٥٦ ن ١٢٤٩ . — انظر أيضا ن ١٢٥٣

(٢) استئناف ١٢ يناير سنة ٩٠٤ الاستقلال ، ٣ ص ٢٧

(٣) légitimes accessoires (٤) frais et loyaux coûts

أى مصاريف التجسيل وأجرة الوساطة [1] وان كان الشفيع ملزماً بالمصاريف الضرورية والنافعة التى صرفها المشترى على العقار، فانه لا يلزم بالقيام بعرضها على المشترى[2]

٢ — رفع دعوى الشفعة

٥٤٩ — تقول المادة ١٥ ما يأتى : « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى امام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة والاسقط الحق » ويلاحظ ما يأتى:

١ — ترفع دعوى الشفعة فى ظرف ثلاثين يوماً . وابتداؤها من تاريخ وصول اعلان اظهار الرغبة من الشفيع ، أو من تاريخ وصول اخبار من المشترى أو البائع الى الشفيع . وهى مدة سقوط[3] وليست مدة تقادم ، وعلى ذلك فهى لا تقبل قطعاً ولا ايقافا . فاذا رفعت امام محكمة غير مختصة فلا تعتبر المدة قطعت ، وهذا على خلاف ما يجرى عليه القضاء المختلط كما بينا فى مكانه

ولا يحتسب آخر يوم اذا كان يوم عطلة رسمية [4] واذا كانت العطلة أكثر من يوم فيعتبر اليوم التالى لانتهائها هو اليوم الاخير للمدة ، وذلك كما ذكرنا بشأن مدة اظهار الرغبة [5]

ولا تقبل مدة الـ ٣٠ يوما زيادة بالنسبة للمسافة ، كما فعل القانون بشأن مدة

---

(١) أى اتعاب الوسيط ، وهى السمسرة ٦ يونيو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٢٢٠ . واذا تبين بان الثمن صورى فلا يلزم الشفيع بدفع مصاريف التسجيل وأجرة الوسيط الا بنسبة القدر الحقيقى. استئناف ١٨ مارس سنة ١٩١٤ ش ، ١ ص ١٤٦ عدد ٢٧١

(٢) déchéance

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٨ ن ١٢٨ ، ص ٢٦٩ ن ١٢٩

(٤) طنطا الكلية ١٠ يونيو سنة ٩٠٧ ح ٢٣ ص ١٧٠ ، الحاكم ٢٠ ص ٤١٩٢

(٥) طنطا الكلية نمرة الحكم ٤٣٠ سنة ٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٤٠١ عدد ٧٧

الـ ١٥ يوماً بالمادة ١٩[١] وكان الاولى الاخذ بمواعيد المسافة تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٧ / ١٩ مرافعات . ولكن أن للشارع فى تقريره للمسافة فى حالة اظهار الرغبة ، دون تقريره لها فى حالة رفع الدعوى ، معنى خاصاً يخرج مسألة المسافة فى الشفعة عن القاعدة العامة [٢] واذا قضى بابطال المرافعة لعدم حضور المدعى زالت الاجراءات وسقطت الشفعة اذا سبق ومضت مدة الـ ٣٠ يوماً [٣]

ولا بد من اعلان البائع والمشترى فى مدة ٣٠ يوماً . واذا عمل أحدهما على الافلات من وصول الاعلان اليه فى المدة القانونية باستعمال الغش فلا يسقط حق الشفعة [٤]

واذا تعدد البائعون ولا يعلم الشفيع الا ببعضهم دون البعض الآخر ورفع الدعوى على من يعرفهم فى الميعاد القانونى ثم أدخل الباقين فى الدعوى بعد مضى الميعاد ، صحت دعواه [٥]

وان كان البائع قد يتقاضى ثمن الصفقة ويذهب لحال سبيله ، الا أنه لما كان من المترتب على الاخذ بالشفعة أن يحل الشفيع محل المشترى ، ويصبح البائع ضامناً للشفيع فى كل ما يتعلق بالصفقة فلا بد من ادخال البائع خصماً فى الدعوى . فاذا كان أجنبياً أصبحت الدعوى من اختصاص القضاء المختلط [٦]

وبالنسبة للقاصر الشفيع ترفع الدعوى من وصيه [٧] . ويجوز للوكيل رفع

(١) حكم طنطا الكلية نمرة ٥٣٠ سنة ٩١٩ المتقدم الذكر
(٢) حكم طنطا المذكور نمرة ٥٣٠ سنة ٩١٩
(٣) حكم استئناف طنطا ١٥ يناير سنة ٩٠٧ م ر ١ ، ٨ ص ٢٣٨ عدد ١١٢
(٤) استئناف ٢٤ مارس سنة ٩٠٧ م ر ١ ، ص ٣٨ عدد ١٥ ، ح ٢٣ ص ٩٩
(٥) استئناف ٦ ابريل سنة ٩٠٥ م ر ١ ، ٦ ص ٢١٧ عدد ١٠١
(٦) طنطا حكم استئناف ٢٤ فبراير سنة ٩١٤ ش ، ٢ ص ٤٨ عدد ٥٣ — دى هلس ج ٣ ص ٢٥٨ ن ١٠٥
(٧) طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ٩٠٦ م ر ١ ، ٨ ص ٣١ عدد ١٦ ، ح ٢٢ ص ٥٩ ، الحاكم ١٨ ص ٣٨٣٢

الدعوى باسم موكله ، والاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة [١]

وحق رفع دعوى الشفعة من الحقوق الشخصية الخاصة بشخص الشفيع ، فلا يجوز لدائن الشفيع أن يشفع بدلا من مدينه اذا أبى هذا الاخير المطالبة بالشفعة [٢]

ويرجع فى تقدير قيمة الدعوى الى مبلغ الثمن المبين بالعقد . فان كان خاضعاً لاختصاص القضاء الكلى وجب رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية والطعن فى الثمن بالصورية حتى ولو تبين فيما بعد وبعد الحكم بالصورية بان الدعوى من اختصاص القضاء الجزئى [٣]

واذا حصل تعديل فى الدعوى بان طلب الشفيع أولا العقار المشفوع محدوداً ثم طلب الحكم به مشاعاً صحت الدعوى ، ولا يعتبر ذلك تغييراً لشكلها [٤]

ويجوز لشخص ثالث أن يدخل خصما ثالثاً فى دعوى الشفعة بصفته شفيعاً مقدماً على الذى رفع الدعوى . وفى هذه الحالة لا يكون ملزماً بمراعاة القواعد المقررة لاقامة دعوى الشفعة ، بل يكفى اتباع القوعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات . ويشترط لقبوله فى الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط باحد الاسباب المسقطة للشفعة [٥]

ويحكم فى دعوى الشفعة بوجه السرعة (المادة ١٦) ولا تقبل فيها المعارضة سواء فى الاحكام الابتدائية او الاحكام الاستئنافيه [٦] وميعاد الاستئناف فيها ١٥

---

(١) استئناف ٦ فبراير سنة ٩٢٢ المحاماة ، ٢ عدد ١٠١ ص ٣١٧

(٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٥٨ ن ١٠٥ . وهذا هو الحكم أيضا فى دعوى الاسترداد : بلانيول ج ٣ ن ٩٦٨ و ٢٤٥٠

(٣) عابدين ٢٠ فبراير سنة ٩٠٥ ح ٢٠ ص ١٨٧

(٤) استئناف ٢٥ أبريل سنة ٩٠٥ ح ٣١ ص ٣٤ — ولا يجوز أن يقدم بالاستئناف طلب جديد غير الطلب الاصلى (المادة ٣٦٨ , ٤٢٢ مرافعات) فاذا طلبت الشفعة فى جزء من العقار بنسبة عدد الرؤوس ، فيعد طلباً جديداً طلب أخذ العقار كله بالشفعة ، وعلى ذلك لا يقبل: استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ ح ١٤ ص ٥٢٠

(٥) فتحى باشا ص ٩٥

(٦) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٨ الحاكم ٢٠ ص ٤١٦١ . ولا يتناول هذا القيد فى عدم المعارضة وتقصير أجل الاستئناف الا دعوى الشفعة بالذات . وعلى ذلك اذا فصل فيها نهائيا ثم

يوماً (المـادة ١٧)[١] . ولا ينتفع من لم يستأنف باستئناف من استأنف لان الحق الناشىء عن الشفعة قابل للانقسام[٢]

حق الاسترداد فى الشيوع

١) تمهيد

٥٤٩ — يكره فى سبيل المعاملات بين الافراد أن يعمل على تعطيل مزية استقرار الحقوق فى أيدى أصحابها فيباح للغير الحق فى زعزعة الحقوق المستقرة ورفع الطمأنينة عنها . ومن مميزات التشريع العصرى العالى أن يعـمل على تقرير الطمأنينة للحق بحيث لا يشعر صاحبه بما يقلقه عليه ويجعله مضطرباً لديه . وأما وقد تقرر الاسترداد[٣] فى بعض الشرائع الحاضرة ، كالاسترداد الوراثى بفرنسا[٤] والاسترداد فى بيع الوفاء ، والاسترداد فى الشيوع[٥] ، والاسترداد بالشفعة فى القانون المصرى ، واسترداد الحق المتنازع فيه[٦] فى القـانونين ، فلا يجوز أن يؤخذ فى هذه الانواع من الاســترداد الا بالقدر الذى قد نص عليه وفى حدود المنطقة المعينة بالنصوص ، لان فى الاسترداد على اختلاف أنواعه شذوذاً للحق من حيث الاستقرار والطمأنينة ، واخراجاً له من يد صاحبه الى يد الغير ، دون كبير مسوغ[٧]

قامت بعد ذلك اشكالات فتخضع هذه الاشكالات للقواعد العامة المقررة بقانون المرافعات : ٢٦ مايو سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٨٣ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ٩٠٢ ، ١٥ ، ٣٠ ، ٣١ مارس سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ١٨١

(١) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٨ م ر ا ، ٩ ص ٢٦١ عدد ١١١ ، ح ٢٤ ص ٢٨ — دى هاس ج ٣ ص ٢٨٥ ن ١٧٢ (٢) إستئناف ٣٠ ديسمبر سنة ٩٠٧ ح ٢٤ ص ٥٩

(٣) Retrait (٤) Retrait successoral

(٥) Retrait d'indivision (٦) Retrait litigieux

(٧) قارن دالوز تعليقات على المـادة ٨٤١ مدنى فرنسى طبعة سنة ١٩٠٥ ص ١٨٣ ن ٣٠ وكلما ظهرت أمارات اليسر تقاطر المستردون على الاسـترداد طمعا فى المضاربة لاجل بيع

وانا لا نفسح مجالا للقول هنا الا للاسترداد فى الشيوع أى استرداد الحصة المبيعة فى الشيوع قبل القسمة وذلك نظراً لتلك الصلة الكبرى القائمة بين هذا النوع من الاسترداد والشفعة ومبلغ أثر كل منهما فى الآخر . وأما الانواع الاخرى فلا تدخل فى مناطق ابحاثنا

٢) شروط الاسترداد فى الشيوع

٥٥٠ — ان المسوغ للاسترداد فى الشيوع هو الحيلولة بين تدخل الاجنبي عن الشركاء والاطلاع على أسرارهم . وربما كان نصيب هذا المسوغ من الضعف بقدر ما لمسوغ الشفعة من الضعف أيضا فى رفع سوء الجوار ، وذلك لما عليه الحالة الاجتماعية الحاضرة من تباين ظاهر مع الازمان الماضية . ولعل فى نظام الشركات وفى تقسيمها الى شركات أشخاص وشركات أحوال أكبر كفيل لمراعاة الاعتبارات الشخصية للاعضاء . وهذا هو الذى يجب أن يراعى . وأما القول بافشاء أسرار الشيوع فهو وهم وخيال ان كان له وزن فى الماضى فلا وزن له فى الوقت الحاضر (١)

ما يستردونه ، بثمن أعلى مما استردوا به (مقال لاحمد بك لطفى المحامى ، م ، ١ ص ٧٥ — ٨٥ وهو مقال أراد به صاحبه كما قرر ذلك وصف حال التناقض فى الاحكام دون أن يبين هو ما هو الاصح فيها) وكلما تولت أوقات اليسر كلما انكمش أصحاب الحق فى الاسترداد وأحجموا دون المطالبة به لما ينزل بهم من العسر وضيق ذات اليد

(١) ويرى الشارحون الفرنسيون فى الاسترداد الوراثى نوعا من نزع الملكية للمنفعة الخاصة : بودرى الوجيز ج ٣ ن ٦٧٨ بلانيول ج ٣ ن ٢٤٤ . وأبطله القانون الايطالى من قانونه المدنى الحديث . ويرى بعض المشتغلين بالفقه المصرى ضرورة بقاء هذا النظام تفاديا من ضرر أكبر وأبلغ. ذلك ان ابن الاسرة وقد ورث عن مورثه نصيبه الشرعى فى التركة يسارع الى البحث عن مال يصرفه فى قضاء حاجاته فيتلقفه المرابى فيشترى منه هذا الاخير حقه الشائع فى الميراث ببخس الثمن وينطوى فى ذلك حتما الربا الفاحش . ولكن لما كان المرابى يعلم بان للوارث الآخر حق الاسترداد والانتفاع بالثمن البخس دونه ، فانه لايهم بالشراء (فورجو ص ٧٢). وهذا الاسترداد الوراثى (والشفعة) هو نفس هذا النوع الذى أباحه القانون الالمانى الحديث (المادة ٢٠٣٤ مدنى المانى وانظر تعليق الفرنسيين على شرح القانون الالمانى ج ٣ ص ٦٩٧ وينصح مع ذلك المشتغلون بالفقه المصرى

وما دام أن المسوغ للاسترداد هو ضرر افشاء أسرار الشيوع ، فهى قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلا عكسيا[١] كالضرر فى الشفعة سواء بسواء . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشترى أن يقيم الدليل ضد المسترد بانه لم يترتب على شرائه افشاء أى سر ما ، لان الضرر أمر مقطوع فيه من الشارع ، لا يباح اثبات عكسه

أما شروط الاسترداد فهى مستفادة من نص المادة ٥٦١/٤٦٢ مدنى . وهى تنص على ما يأتى :

« يجوز للشركاء فى العين[٢] قبل قسمته بينهم أن يستردوا لانفسهم[٣] الحصة الشائعة[٤] التى باعها أحدهم للغير[٥] ويقوموا بدفع ثمنها له[٦] والمصاريف الرسمية[٧] والمصاريف الضرورية[٨] أو النافعة[٩] »

٥٥١ — ومن هذا النص يمكن التعرف على شروط الاسترداد فى الشيوع وهى :

١) الشيوع : يجب أن يكون هناك شيوع بين الملاك . وهل يجب أن يكون الشيوع حاصلا فى الملكية فقط دون أن يجوز أن يكون الشيوع فى غير الملكية، كأن يكون فى الرقبة ، وفى حق الانتفاع ؟ نميل الى القول بالشيوع فى الملكية دون غيرها . نعم ولو أن العلة واحدة ولكننا أمام نص استثنائى لا يجوز معه التوسع فيه والخروج عن حدود منطقته . والشيوع مأخوذ به سواء كان شيوعا خالداً أو شيوعاً مؤقتاً

ولا عبرة بما اذا كان اصل الشيوع الارث أو عقد الشركة أو الشراء أو

بضرورة هذا النظام من التشريع المصرى اذا أدنت الساعة باعادة وضع التشريع على أساس جديد (فورجوس ص ٨٦)

(١) présomption jus et de jure

(٢) Copropriétaires originaires (٣) Racheter

(٤) Part indivise (٥) Tiers (٦) Remboursant le prix

(٧) Loyaux (٨) Dépenses nécessaires (٩) et utiles

الوصية أو الهبة أو غير ذلك[١] لان نص المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى عام وهو وارد فى الفصل المعقود « لقسمة الشركات وغيرها » . وبذا خالف القانون المصرى مرشده القانون الفرنسى بالمادة ٨٤١ أذ جعله مقصوراً على الشيوع الناتج عن الارض دون الشركة [٢]

واذا تعدد المستردون فيقتسمون الحصة المستردة بينهم بنسبة انصبائهم فى الشيوع . واذا استرد البعض دون البعض الآخر جاز للمشترى أن يطالب بالحصة المبيعة كلها ويختص بها وحده . ولا يجوز الزامه بطلب قدر يتناسب مع حصته فقط . وهنا هل يعتبر حق المسترد فى طلب الحصة كلها ، حقا اختياريا له ، ان شاء طلبه وان شاء طلب القدر المناسب لنصيبه ؟ أم أنه ملزم فى أن لا يقسم الصفقة المبيعة وأنه يجب عليه طلب الحصة المبيعة كلها ؟ الذى نراه أن الحق ليس اختياريا له . ويجب عليه المطالبة باسترداد الحصة المبيعة باكملها . والا اذا طلب الجزء دون الجزء لفات الغرض المقصود من شرعية المادة ٤٦٢ مدنى ، اذ يبقى المشترى الاجنبى شريكا مع الشركاء

٢) البيع : يجب أن يكون المالك على الشيوع قد تصرف بالبيع . وعلى ذلك لا محل للاسترداد اذا حصل التصرف بغير البيع ، كأن يكون قد حصلت مقايضة ، أو هبة ،[٣] ومن باب أولى حصل وقف . واذا حصل تسليم العقار للشركة فى مقابل حصة الشريك فى رأس المال فلا يجوز الاسترداد للاسباب التى بيناها فى حالة الشفعة . لان تسليم العقار للشركة لا يعتبر بيعاً ، بالمعنى الدقيق ، انما يعتبر عقداً خاصاً [٤] واذا بيعت الحصة بالمزاد القضائى جاز الاسترداد أيضاً [٥]

---

(١) طنطا الكلية ١٢ مايو سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٩ ص ٨ عدد ٩

(٢) تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ جدول سنة ٩٠٥ ص ١٨٣ ن ٥

(٣) دى هلس ج ٤ ص ١٣٦ ن ٧ تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ ص ١٨٥ ن ٨٠ — واذا كانت الهبة مقيدة بشروط Charges فانه لا يجوز الاسترداد اذا ثبت بأن قيمة هذه الشروط قليلة جدا بالنسبة لقيمة الموهوب: تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ ص ١٨٥ ن ٨٣ — واذا وجدت الحصة الشائعة تحت يد الغير بعضها مباع والبعض الآخر موهوب فلا يقبل الاسترداد تعليقات دالوز ن ٨٤

(٤) sui generis

(٥) تعليقات دالوز ص ١٨٦ ن ٩٦ — ويرى بعض فقهاء

٣) البيع على الشيوع : المالك الشائع قد يبيع حصته الشائعة شيوعاً فى الملك المشاع . وقد يبيعها فى عقار معين من أعيان المشاع . واذا كان الاسترداد جائزاً فى الحالة الاولى بلا شبهة فهل يجوز فى الحالة الثانية ؟ ان بيع الحصة الشائعة فى عين معينة بيع قد يطعن فيه المشترى بانه أراد عقاراً معيناً مملوكا بغير شيوع . وفى هذه الحالة يجوز الحكم بفسخ عقد البيع . وأما القول بصحة البيع وتوقيفه على حصول القسمة فيصح نهائياً اذا ظهر العقار بنصيب البائع ، ويبطل اذا ظهر العقار فى نصيب شريك آخر على الشيوع ، فهو قول لا نقره . اما اذا كان المشترى يعلم بحقيقة الحال فربما يصح ايقاف البيع على التحديد حتى تحصل القسمة ، ولكنا نرى فى الوقت نفسه الحكم للمشترى بصحة البيع شيوعا ليس غير

اذا علم ذلك فما هو مركز المسترد . وهل يجوز له الاسترداد أم لا ؟ اذا بطل البيع فلا محل للاسترداد حتما . وأما اذا قضى باعتبار البيع على الشيوع فيجوز الاسترداد [1] وكذلك يجوز الاسترداد فيما اذا قضى بعكس ما قلنا به ، بتوقيف صحة البيع على حصول القسمة . لان المشترى لم يشتر فى الحقيقة سوى حق شائع ، بدليل أنه لا يستطيع الانفراد باستغلال العقار المعين ولا التصرف فيه ، اذ كل ذلك موقوف على حصول القسمة . والمسترد هنا يحل محل المشترى ، أى يعتبر مالكا لحق على المشاع وان هذا الحق المشاع يستحيل فيما بعد الى العقار المعين عند حصول القسمة فيما اذا ظهر بنصيب البائع [2]

الفرنسيس جواز الاسترداد فى حالة ما اذا كان المزاد برغبة الملاك ولم يكن جبراً عليهم . تعليقات دالوز ن ٩٧

(١) ويقول القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه ويؤيده الفقه الغالب بانه لا يجوز الاسترداد فى حالة ما اذا كان البيع منصرفا الى الحصة الشائعة فى عقار معين أو عقارات معينة . تعليقات دالوز ص ١٨٦ ن ١٠٧ . وانظر هنا استئناف ٢ مايوسنة ١٩٠١ م ر ١ ، ٣ف ص ٤٤ عدد ١٥ وعلى الاخص العامود الاول من الصفحة ٤٧

(٢) عكس ذلك استئناف ٨ مايو سنة ٩٥ القضاء ، ٢ ص ٢١٤ و ٢ يناير سنة ٩٦ القضاء ٣ ص ٢٣١ و ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ر ٣١ ص ٤٤ عدد ١٥ ، ح ص ١٦ ص ٢٣٥ . ومن رأى القضاء ان الاسترداد غير جائز ، وانما الشفعة جائزة بشروطها — ويلاحظ دى هلس ج ٤ ص ١٣٦

والاسترداد صحيح سوا كان باع المالك الاصلى نصيبه كله أو بعضه

واذا باع المالك الاصلى نصيبه الشائع فى عقار معين من أعيان المشاع فهل يجوز الاسترداد أيضا ؟ نقول بالايجاب . ولكن محكمة الدوائر الاهلية تفرق بين حالتين بالرجوع الى المسوغ للاسترداد ، وهو منع تدخل الاجنبى عن الشركاء فى شؤون الشركة . فقالت اذا خيف التدخل و افشاء أسرار الشيوع جاز الاسترداد ، واذا لم يخش افشاء الاسرار فلا استرداد[1]

٥٥٢ — البيع من المالك الاصلى : يحصل الشيوع اما بالتراضى واما بسبب الوراثة أو لغيرها . والملاك الاصليون فى الكل هم الذين وجدوا أولا فى حالة الشيوع[2] والورثة كذلك ملاك على الشيوع[3] . سواء كانوا هم الاصل فى الشيوع بسبب الارث من مورثهم ، أو كانوا ورثة لاحد المالكين على الشيوع ، حلوا محله فى الشيوع[4] . وعلى ذلك لا يجوز الاسترداد الا عند بيع

ن ٦ ، بأنه ما دام أن حق المشترى معلق على شرط حصول القسمة فكذلك يعتبر حق المسترد أيضاً معلقاً على شرط حصول القسمة وظهور العقار المبيع بالنصيب المفرز لشريك البائع. فاذا ظهر العقار المبيع بنصيب البائع جاز للمشترى وقتئذ أن يسترده ، ويغلب أن يسترده فى هذه الحالة بطريق الشفعة . هذا ما يقوله دى هلس ونحن لا نقره عليه ، بل الذى نراه تقرير حق الاسترداد للمسترد من وقت حصول البيع .فاذا ظهر العقار بنصيب الشريك البائع كان له عقار آخر فى مقابل الحق المشاع الذى اشتراه

(١) الدوائر المجتمعة فى ٣٠ نوفبر سنة ٩٢٢ م ر ١ ، ٢٣ ،ص ١٧٠ عدد ١١١ ، المحاماة ، ٣ ص ٧١ عدد ٤٠ وهو ما لا نقرها عليه

(٢) أى أول من تحقق الاشتراك بينهم وأراد القانون حماية اسرارهم . أما من حلوا محلهم فلا امتياز لهم على الاجنبى : حكم الدوائر المجتمعة الاهلية فى ٣٠ نوفمبر سنة ٩٢٢ م ر ١ ، ٢٣ عدد ١١١ ص ١٧٢ فى أول العامود الاول من أسباب الحكم

(٣) Propriétaires originaires ويلاحظ أن الترجمة العربية للمادة ٤٦٢ جاءت ناقصة اذ لم تأت بكلمة الاصليين ، على أن لهذه الكلمة آثاراً هامة فى تقرير شروط الاسترداد. والسبب فى ذلك أن الترجمة العربية لنص المادة ٦١ ت مختلط جاءت بهذا النقص . فنقلها المترجم للقانون الاهلى دون أن يراعى هذا النقص . وأصبح النصان المختلط والاهلى بالنسخة العربية لهما واحداً وعلى كل حال يجب الاخذ بالنسخة الفرنسية : طنطا الكلمة ١٢ مايو سنة ٩١٧م ر ١ ، ١٩ ص ٨ عدد ٩

(٤) دى هلس ج ٤ ص ١٣٧ ن ٩ — لانه عقب وفاة المالك على الشيوع لا يجوز لبقية الملاك أن يستردوا حصة المتوفى التى تؤول لورثته . لان انتقال الملكية بالارث لا يعتبر بيعاً يجوز

المالك الاصلى للغير . فاذا باع المالك الاصلى نصيبه ولم يسترده شركاؤه وتنازلوا عن حق الاسترداد ، فهل يجوز لهذا المشترى ، الذى كان أجنبياً وأصبح منهم الآن ، حق الاسترداد فيما اذا باع أحدهم ؟ نقول بالايجاب [1] واذا باع المشترى ، بعد تنازل الشركاء الاصليين عن الاسترداد ، نصيبه فهل يجوز للشركاء الاصليين الاسترداد ؟ نقول بالايجاب لانه يتفق والنص [2] ولا يعتبر تنازلهم الاول شاملا لكل بيع مستقبل . وربما كان لتنازلهم عن البيع الاول ولقبولهم دخول الاجنبى معهم مسوغ يرجع لشخصية المشترى

فيه الاسترداد . وان كان لشخصية أعضاء الشركة دخل فى تكوين الشركة ، وكانت شركة أشخاص لا شركة أموال ، تحل الشركة عقب وفاة أحد أعضائها ، الا اذا اشترط بعقد الشركة بقاءها برغم وفاة اعضائها — مع أن القضاء المصرى يرى أن وارث الشريك الاصلى لا يعتبر شريكا أصلياً لانه لا يقوم مقام مورثه فى كل الاحوال كما هو الحال فى الشريعة الاسلامية : ٣١ ديسمبر سنة ٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠ — اسيوط الكلية ٢٩ ديسمبر سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٠ عدد ٧ — وليس للمشترى طبعاً حق الاسترداد مادام أن الاسترداد موجه ضده بالذات حتى تمام القسمة : استئناف ٢ يناير سنة ٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٢٥٦ عدد ٨٠

(١) ٢٧ مارس سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٠٤ ، طنطا الكلية ٢١ اكتوبر سنة ٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ٩٥ عدد ٧٦ . وحجة القضاء فى هذا الحكم الاخير أن الشارع قصد من تقرير حق الاسترداد تمكين الشركاء فى الملك من أن يخرجوا من بينهم شخصاً طارئاً عليهم قد يتضررون منه ، وقد تصعب معه عملية القسمة ، فقرر هذا الحق للشركاء الاصليين . ولم يرد بالشركاء الاصليين من نشأ بينهم الشيوع من بادئ الامر دون سواهم ، بل من وجد بينهم الشيوع قبل بيع الحصة المطلوب استردادها لانه يحق لهم جميعاً أن يتضرروا من شخص طارئ عليهم واخرج بذلك الشركاء الطارئين بعد بيع الحصة الذين ليس لهم أن يتضرروا من حالة سابقة على نشوء حقهم وهذا التفسير يؤيده سياق النص فان المادة أجازت للشركاء الاصليين استرداد الحصة التى باعها احدهم للغير ، فاخرجت بذلك الحصة التى باعها شريك طارئ قبله الشركاء الاصليون . فاذا اعتبر أن الشركاء الاصليين هم من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الامر لما جاز لهؤلاء الشركاء استرداد الحصة التى باعها شريك طارئ كانوا قبلوه مع أنه لا موجب للتفرقة بين البيع الذى يصدر من شريك متأخر عنه اذ كلاهما قد يضر بمن هم شركاء فى الملك وقت البيع — انظر عكس ذلك جرجا جزئى ١٧ مايو سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٦٦ عدد ١٠٤ ، مرجع القضاء ص ٧٩٩ ن ٣٢٤٨ مرجع القضاء ص ٧٩٩ ن ٣٢٤٩ حيث قرر بانه اذا كانت الشركة ناشئة عن ميراث وتوفى أحد الشركاء الاصليين ثم باع أحد ورثته نصيبه الشائع الى الغير فليس لباقى الشركاء حق استرداد المبيع لان الشريعة الاسلامية لا تعتبر الوارث مكملا لشخص المورث

(٢) واذا رضى الشركاء فى الملك بدخول أجنبى بينهم باع اليه أحد الشركاء حصته فلا يمنعهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة لغيره : مرجع القضاء ص ٨٠٠ ن ٣٢٥٤

ولا يجوز الاسترداد الا اذا كان البيع لاجنبى عن الشركاء كما نصت المادة بذلك وكما يتفق مع المسوغ التشريعى لها . وعلى ذلك لا استرداد اذا حصل البيع لاحد الشركاء [١]

ولا يعتبر المحتال [٢] ، وهو من تحول اليه الحق من الشريك الاصلى ، شريكا أصلياً . وعلى ذلك فليس له حق الاسترداد فى الشيوع [٣]

ولا يشترط أن يقيم المسترد اثبات حصول ضرر من افشاء أسرار الشيوع بل الضرر مقطوع بوقوعه قانونا ، وتعتبر المادة ٤٦٢ قرينة قانونية قاطعة كما قررنا

وما الحكم فيما اذا اشترط المتبايعان بانه يبطل عقد البيع اذا هم المسترد بالاسترداد ؟ فهل يجوز القول بأن الاسترداد يبطل بمجرد أن تتحقق المطالبة به ، حيث لا بيع ؟ أم أن هذا الشرط باطل لانه افتئات على حق المسترد بلا مبرر ؟ اختلفت الآراء فى ذلك : رأى يقول بأن مثل هذا الشرط باطل لانه غير مشروع [٤] وانه يجوز الاسترداد [٥] ورأى يقول بصحة الشرط وعدم جواز الاسترداد ، لان الشرط لا يرمى الى الافتيات على حق الاسترداد ومنع وقوعه ، بل يرمى الى القضاء عليه فى الوقت الذى يراد العمل به [٦]

وانا نميل الى تأييد الرأى الاول أخذاً بما قررناه فى الشفعة فى حالة تقايل المتبايعين وعدولهما عن البيع

٣) اجراءات الاسترداد فى الشيوع

٥٥٣ — لم يرسم الشارع طرقا معينة يجب اتباعها فى الاسترداد كما فعل بالشفعة وعلى ذلك يصبح هذا الاسترداد خاضعاً للقواعد العامة للدعاوى بوجه عام

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٣٦ ن ٨ (٢) Cessionnaire

(٣) ٦ يونيو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣٢٧ ، ٧ فبراير سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١١٤

(٤) illicite (٥) تعليقات دالوز ص ١٨٦ ن ١٠٣ (٦) تعليقات دالوز ن ١٠٤ ، بودرى المطول مع فاهل ج ٢ ن ٣٣٥٤

ولا يعرض للسقوط باحد المسقطات المقررة فى الشفعة [١]

ودعوى الاسترداد عقارية أو منقولة على حسب الاعيان المطلوب قسمتها [٢]

ويجوز رفع دعوى الاسترداد حتى تحصل القسمة . وعلى ذلك لا تسقط الدعوى بالتقادم قبل ذلك [٣]

ويجوز للمسترد ان يطالب بالاسترداد حتى يحكم نهائياً بالقسمة أو يعمل عقد نهائى بها [٤] والمراد بالقسمة هنا القسمة النهائية المنصبة على الملكية أو الحق العينى . وأما قسمة المهايأة فلا يعول عليها ولا تعتبر حائلا دون الاسترداد

ويجوز التنازل عن حق الاسترداد اما بالتنازل الصريح أو التنازل الضمنى [٥]

وما القول فيما اذا عمل عقد القسمة النهائى أو صدر حكم القسمة ولم يتسجل العقد والحكم طبقاً لقانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ ؟ فهل عدم التسجيل حائل يحول دون المسترد فى الاسترداد ، مع أنه لاعبرة بالتسجيل وعدمه ما دام ان القسمة تقررت نهائياً ؟ الذى نراه ان حصول القسمة نهائياً بعقد أو بحكم يحول دون دعوى الاسترداد . لان الملاك على الشيوع الذين اقتسموا ، وفيهم الاجنبى الذى اشترى ، والشريك المالك الاصلى ، لا يستطيعون التمسك قبل بعضهم البعض بعدم تسجيل العقد والحكم ، لان التسجيل ولو انه شرع لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية ، الا أنه شرع أيضاً لحماية الغير . ولا يمكن اعتبار المسترد وهو مالك أصلى يعلم بظروف الملك الشائع وهو طرف بعقد القسمة من طبقة الغير فى هذه الحالة . ولذا كان يجب عليه أن يطالب بالاسترداد قبل حصول القسمة نهائياً . لانه بعد حصولها لا يملك الطعن فيها بعدم التسجيل .

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١١ (٢) تعليقات دالوز ص ١٨٩ ن ١٤

(٣) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٣ (٤) وما دامت القسمة لم تصبح نهائية ولم تصادق عليها المحكمة فلا يمكن القول بسقوط حق الشريك فى استرداد حصة باعها شريك آخر حتى ولو قبل هذا البيع ضمناً : مرجع القضاء ص ٨٠٠ ن ٣٢٥٢

(٥) طنطا الكلية ١٥ ديسمبر سنة ٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٣٧ عدد ٧ . ومن التنازل الضمنى ما يصدر من الشريك بما يدل على اعترافه بالمشترى شريكا معه أو رضائه بالبيع الحاصل الاجنبي ٢٢ مارس سنة ٩٠٠ ، ١٢ ، ٥ ١٧

وشأنه مع زملائه شأن المشترى مع البائع ، فلا يجوز للبائع الاحتجاج على المشترى ، ولا للمشترى الاحتجاج على البائع ، بعدم تسجيل العقد ، أى لايجوز لكل منهما الحق فى الافلات مما تقررت بذمته من الالتزامات المختلفة المترتبة على البيع ، باعتباره عقداً منشئاً لحقوق وواجبات . وكذلك الحال فى القسمة ، اذ يترتب عليها ضرورة احترام كل شريك لحقوق الآخرين حتى مع عدم تسجيل العقد

ولا يملك المشترى الافتيات على حق المالك الاصلى على الشيوع فى تمتعه بحق الاسترداد تمتعاً كاملا لايحده حد . فلا يجوز للمشترى انذار المالك الاصلى أو الملاك الاصليين بضرورة المطالبة بالاسترداد فى الشيوع بعد مدة معينة والاسقط حق الاسترداد [١]

ويجب على المالك الاصلى على الشيوع ان يرفع الدعوى بالاسترداد فيما اذا لم يرض المشترى قبول التنازل عن الحصة المبيعة . وله أيضاً الدخول خصما ثالثاً فى دعوى القسمة واظهار رغبته فى أخذ الحصة المبيعة للمشترى ، بطريق الاسترداد [٢] فاذا رضى المشترى تم الامر . واذا لم يرض وجب ايقاف دعوى القسمة حتى يسارع الى رفع الاسترداد بالطريق القانونى . فاذا سوف فى رفعها وماطل وجب تعيين مدة له . فاذا مضت دون ان يحرك ساكناً سقط حقه واستمرت اجراءات القسمة فى طريقها حتى تتم القسمة

٤) أحكام الاسترداد فى الشيوع

٥٥٤ — يترتب على الاسترداد ما يأتى :

١ — يلزم المسترد بدفع ثمن الصفقة وهو الثمن المبين بالعقد . وللمسترد حق الطعن فى هذا الثمن بالصورية . ويلاحظ هنا فى اختصاص المحكمة ما قررناه فى الشفعة ، فى أنه يجب التعويل أولا على المبلغ المقدر الآن برغم الطعن فى صوريته . وعلى المسترد

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٢ (٢) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٤.

اثبات الصورية . واذا عجز وجب الاخذ بالثمن المبين بالعقد

٢ — يلزم المسترد بدفع المصاريف الرسمية . والمراد بها مصاريف التسجيل وأجرة الوساطة (السمسرة) وغير ذلك . والمصاريف الضرورية أو المصاريف النافعة (المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى) [١] ولكن كيف يلزم المسترد بدفع هذه المصاريف وكيف يتصور حصولها ؟ المفروض طبقاً للمادة ٤٦٢ ان المشترى قد قام بالصرف على الحصة المبيعة صرفاً ضرورياً أو نافعاً . وبما أن ما اشتراه هو على الشيوع فلا بد حتما أن يكون الصرف قد انصب على المال الشائع فى مجموعه حتى ولو انحصر مثلا فى عقار من العقارات الشائعة . واذا أراد المشترى باعتباره مالكا على الشيوع محاسبة شركائه على ما صرفه ضرورة ونفعاً فانه يطالب بقيمة المصاريف الضرورية الممكن صرفها فعلا ، ويطالب بمبلغ ما زاد فى قيمة المال الشائع بسبب المصاريف النافعة . والمفروض فى ذلك أنه قام بالصرف الضرورى والنافع بلا اذن خاص من الشركاء وعلى ذلك فهو يطالبهم اعتماداً على نظرية الفضولى [٢] ويلزم وقتئذ كل شريك بقدر ما يتناسب مع حصته فى الملك المشاع [٣]. وأما اذا قام بالصرف بنوعيه ضرورة ونفعاً بناء على رغبتهم فيكون وكيلا عنهم فيما صرف ويرجع عليهم باعتباره وكيلا . ويجب فى الحالتين أن يخصم مما صرفه قيمة ما يخصه فى المصاريف . وعند مايسترد المسترد فقد يكون المشترى قد قام بتصفية حسابه مع الشركاء أم لم يقم . فاذا قام بها فلا يجوز أن يطالب المسترد الا بقدر نصيبه هو (أى نصيب المشترى) فى المصاريف . أما اذا لم تنته ولازالت ذمة الشركاء مشتغلة بقيمة المصاريف بنسبة انصبائهم فانه يجب عليه أن يدفع

(١) يلاحظ أنه ورد بالنسخة العربية للمادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى « المصاريف الضرورية أو النافعة » ووردت هذه العبارة بالنسخة الفرنسية باستبدال أو بواو العطف « . . . . والنافعة » والعبارة العربية هى الاصح معنى بخلاف العبارة الفرنسية التى انتقدها القضاء المختلط ورأى أنه لا يؤخذ بظاهرها اذ تعتبر فى ظاهرها انه لا بد من الجمع بين صفتى الضرورية والنافعة حتى يلزم بها المسترد . مع أنه فى الحقيقة يكفى أن تكون ضرورية أو نافعة ، ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ ، ١٣ ص ٣٧٣

(٢) Gérant d'affaires (٣) انظر دى هلس ج ٤ ص ٣٩ ، ١٤٠ ن ١٧ .

للمشترى قيمة هذه المصاريف المستحقة لهذا الاخير قبل الشركاء الآخرين ويحل محله فى مطالبة زملائه بما دفعه عنهم ، ويدفع له أيضاً قيمة ما خصه (أى خص المشترى فى المصاريف) [1]

٣ — الحكم الذى يصدر فى دعوى الاسترداد هو حكم بمثابة سند الملكية .

وبما أن المسترد لا يلزم كما فى الشفعة بعرض الثمن عرضاً حقيقياً فيحسن فى هذه الحالة تعيين مدة للمسترد يدفع فيها المبلغ الملتزم به ، والا يسقط حقه [2]

٤ — ليس من شأن الاسترداد أن ينفسخ عقد البيع الصادر من الشريك البائع للاجنبى المشترى . وكل ما يترتب عليه فقط هو أن يحل المسترد محل المشترى ، ويعتبر كأنه قد اشترى الحصة من البائع مباشرة . أى ان الذى حصل فى العقد

---

(١) فاذا فرض ان هناك ثلاثة شركاء زيد وبكر وعمر بانصبة متساوية وباع أحدهم زيد نصيبه وهو الثلث لخالد الاجنبى عنهم بمبلغ ٥٠ جنيه . وصرف خالد على المال الشائع ٣٠ جنيه بصفة مصاريف ضرورية أصبح كل من بكر وعمر ملزماً بدفع ١٠ جنيه الى خالد . لانه يجب ملاحظة ان خالد لايطالبهما الا بمبلغ ٢٠ جنيه لابمبلغ ٣٠ جنيه ، أى لايطالب الا بعد خصم ١٠ جنيه قيمة ما يتحمله من الصرف . فاذا جاء بكر واسترد الصفقة المبيعة من خالد وجب عليه ان يدفع لهذا الاخير ٥٠ جنيه ثمن الصفقة + ٢٠ جنيه قيمة ما يخص بكر وعمر من المصاريف + ١٠ قيمة ما خص خالد من المصاريف . أى جملة ما يدفعه بكر لخالد هو كل ما دفعه خالد من ثمن ومن صرف على المال المشفوع أى مبلغ ٨٠ جنيه . وبعد ذلك يقوم بكر بمطالبة الشريك الاصلى الباقى وهو عمر بمبلغ ١٠ جنيه فقط لانه يجب على خالد ان يتحمل بنصيبه هو الاصلى فى المصاريف ثم بنصيب من حل محله وهو خالد ، أى يتحمل بمبلغ ٢٠ جنيه من المصاريف باعتباره أصبح مالكا للثلثين ، — ويظهر ان الشارع أراد من تكليف المسترد retrayant بدفع المصاريف جميعها الى المشترى relrayé ان يفسح مجال التخلى لهذا الاخير بطريقة نهائية حتى لاتبقى له صلة بشأن هذه الصفقة على أشخاص قد انقطعت به معهم رابطة الاتصال . وما دام ان المسترد هو الباقى معهم فى الشيوع فما عليه الا ان يرجع مع زملائه بانصبتهم فى المصاريف فيما اذا لم يسبق لهم ان دفعوا للمشترى — راجع دى هلس ج ص ١٤٢ ن ٢٥

(٢) وهذا هو ماقرره القضاء المصرى بشأن الشفعة عند ما أخذ بعدم ضرورة العرض الحقيق : حكم الدوائر المجتمعة الاهلية فى ٢٩ مارس سنة ٩٢٣ م ١ ، ٢٤ ص ٤١ عدد ٢٦ . وهو ما قرره القضاء الفرنسى بشأن الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١ فرنسى ، تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ طبعة سنة ٩٠٥ ص ١٩١ ن ٩٥٦ ، وقرره القضاء المصرى فى الاسترداد : مرجع القضاء ص ٨٠٠ ن ٣٢٥٤

انما هو تغيير شخص المشترى بآخر. وأما شروط العقد الاصلى فهى باقية على حالها[١] ويترتب على ذلك اذا كان قد اشترط بعقد البيع دفع الثمن على أقساط جاز للمسترد الانتفاع بهذا التقسيط. وهذا على خلاف ما رأيناه فى الشفعة (المادة ١٣ شفعة) لان قانون الشفعة نص على ذلك بنص صريح من طريق الاستثناء لقاعدة الحلول[٢]

واذا تراضى المشترى مع المسترد على الاسترداد، أو صدر حكم بصحة الاسترداد فهل يخضع العقد أو الحكم لشرط العلانية المقررة بقانون التسجيل الجديد أم لا يخضع ؟ نرى انه وان لم يترتب على الاسترداد فسخ لعقد البيع الصادر من الشريك البائع للاجنبى المشترى، وانه حصل مجرد حلول للمسترد محل المشترى، نرى أن هناك محلا مع ذلك للعلانية من طريق التأشير بحصول الاسترداد عقداً أو حكما، بهامش تسجيل عقد البيع ان كان مسجلا. وان لم يكن مسجلا فلا بد من تسجيله ثم عمل التأشير بهامش التسجيل. ولعل الغرض هنا من العلانية ان يعلم من يتعامل مع المسترد، ان هذا الاخير قد أصبح مالكا. وأن يعلم من يتعامل مع الشريك البائع أنه غير مالك. وأما من يتعامل مع المشترى فانه يجب أن يعرف من بداءة الامر أن تعامله معلق على شرط عدم الاسترداد، حتى القسمة مع الشريك الاصلى، دون الحاجة الى أن يعلن الشريك المسترد عن حقه بطريق التسجيل سواء تسجيل عريضة دعوى الاسترداد أو غيرها، لان حق الاسترداد مقرر بقوة القانون بالمادة ٤٦٢ كما ذكرنا

٦ — ان لحكم الاسترداد أثراً رجعيا على الماضى. بمعنى أنه ما دام قد أصبح المسترد مشتريا من البائع نفسه الامر الذى ترتب عليه زوال شخص المشترى من عقد البيع وحلول المسترد محل المشترى فى حقوقه وواجباته[٣]، فيصبح المسترد وكأنه قد تعاقد مباشرة مع البائع. ويترتب على ذلك ان ضمان الصفقة لا يلتزم به

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٤٢ ن ٢٦ (٢) مرجع القضاء ص ٨٠١ ن ٣٢٥٦
(٣) تعليقات دالوز ص ١٩٣ ن ٣٣١

المشترى قبل المسترد، انما يلتزم به البائع بالذات[١]

ومن شأن الأثر الرجعى للاسترداد أن تسقط جميع الحقوق التى تقررت على الحصة المبيعة بسبب المشترى[٢] نعم ولو أن فى ذلك ضرراً ظاهراً بالنسبة لمن تقررت لهم حقوق على الحصة المبيعة ، الا أنه كان يجب عليهم ان يلموا بما يحيط تعاملهم مع المشترى من خطر احتمال استرداد الحصة بمعرفة الشركاء الاصليين وان هذا الاسترداد قائم حتى تحصل القسمة النهائية . ولذلك كانوا يمتنعون عن التعامل معهم . ولقد سبق للشارع المصرى أن قرر قاعدة الأثر الرجعى فى حالة الاسترداد فى البيع الوفائى . فانه اذا استرد البائع عقاره فهو يسترده مطهراً من كل حق عينى تقرر عليه بسبب المشترى . وكان يجب على من يتعامل مع المشترى أن يفهم من نفس عقد البيع الوفائى مبلغ الخطر الذى يحدق به من جراء الاسترداد المحتمل. وكذلك الحال بشأن الاسترداد فى الشيوع . والفرق بين هذا الاسترداد والاسترداد فى بيع الوفاء أن العلم يحصله الغير فى الاسترداد من عقد بيع الوفاء . وأما فى الاسترداد فى الشيوع فان العلم يحصله من القانون ، باعتبار ان كل شخص مفروض فيه أنه يفهم القانون ولا يجهله (المادة ٢ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية)

٥) تعارض الاسترداد فى الشيوع مع حق الشفعة

٥٥٥ — وضعت المادة ٨٤١ فرنسى وقررت الاسترداد الوراثى فقط دون غيره خوف افشاء أسرار الورثة من تدخل الاجنبى بينهم . وجاء المشرع المصرى

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٤٤٣ ن ٢٨

(٢) تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ طبعة سنة ٩٠٥ ص ١٩٣ ن ٣٣٨ . — بلانيول ج ٣ ن ٢٤٦١ . —دى هلس ج ٤ ص ١٤٣ ن ٢٩ . — على ان هنـاك رأياً يقول بأن آثار الاسترداد هى نفس آثار الحلول ، وان للاسترداد أثراً رجعياً فيما بين المسترد retrayant وخلفاء ayants cause المسترد منه retayés أى المشترى . أما بالنسبة للاسترداد بين المسترد والمسترد منه فانه يعتبر بيعاً حقيقياً : بودرى المطول مع فاهل ج ٢ ن ٣٤٥٩ — ٣٤٦٠ ، تعليقات دالوز ن ٣٣٢

المختلط ووضع المادة ٥٦١ مدنى وأجاز بها الاسترداد فى الشيوع بوجه عام مهما كانت أسبابه سواء كانت الشركة أو الارث أو الوصية أو البيع الى ما الى ذلك ، ولم يقصر الاسترداد على الاسترداد الوراثى كما فعل القانون الفرنسى

والمفهوم من ذلك أن الشارع المختلط انما أراد نقل المادة ٨٤١ فرنسى بعد أن وسع من مجال الاخذ بها [1] . وعلى ذلك يعتبر الاسترداد الوارد بهذه المادة ٥٦١ مدنى هو نفس الاسترداد الفرنسى الوارد بالمادة ٨٤١ على التوسع

ومع تقرير الشارع المختلط لنظرية الاسترداد فى الشيوع فانه قرر قبل ذلك أيضا الشفعة وبين أحكامها بالمواد ٩٣—١٠١ التى ألغيت بقانون ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ . وهو لاشك فى تقريره لاحكام الشفعة انما رجع الى بعض الاحكام المعروفة عند أهل الفقه الاسلامى فى الشفعة ، انما أصبحت الشفعة ، مع أن مصدرها من الشريعة الاسلامية ، حقا مدنيا محكوما بالقواعد المدنية المستفادة من القوانين المسنونة ومن علم القانون بوجه عام

واذا كان الشارع المختلط قرر الشفعة بالمواد ٩٣ — ١٠١ ثم قرر الاسترداد بعد ذلك ، فهو يريد حتما تقرير حق الشفعة والاسترداد . ويستحيل القول بأن الاسترداد قد زال بتقرير الشفعة لاندماجه فيه . اذ الاسترداد مقرر لحالة خاصة عند وجود الشيوع فقط . وأما الشفعة فأحوالها كثيرة وقيودها عديدة . وعلى ذلك يمكن القول بأن أخذ الحصة الشائعة المباعة جائز بواحد من طريقين . اما من طريق الشفعة . وفى هذه الحالة يخضع الحق لأحكام الشفعة . واما من

---

(١) وهناك من يقول بأن المادة المصرية لم تكن مأخوذة عن المادة الفرنسية . وهو يرجع أن الاسترداد المصرى يحكى الاسترداد الذى شرحه بوتييه بالجزء الثالث ص ٢٥٩ طبعة باريس سنة ١٨٦١ ، وذلك باعتبار أن الاسترداد بفرنسا مقصور على حالة الميراث فقط ، وان الشارع المصرى لم يعمل فى تشريعه فيما يتعلق بالمواريث على الرجوع الى النصوص الفرنسية ، بل رجع فيها الى أحكام الشريعة الاسلامية . ولان الاسترداد المصرى ، وهو عام فى حالة الشيوع مهما كان نوع هذا الشبه ، لم يكن هو الاسترداد الفرنسى المقرر بالمادة ٨٤١ بل هو نفس الاسترداد الذى شرحه بوتييه : م ٢ ص ٢٠١ — ٢٠٣

طريق الاسترداد . وفى هذه الحالة يطلق المسترد من قيود الشفعة . ويفضل المسترد أن يعمل بالاسترداد بدلا من الشفعة

ومما يؤيد القول فى أن الشارع المختلط أراد حقيقة تقرير حق الاسترداد بجانب حق الشفعة ما قرره بالمادتين ٥٦٢ و٥٦٣ مدنى مختلط . اذ ذكر بأولاهما ما يأتى : « ولكل واحد من الشركاء[1] الحق فى الشفعة[2] بقدر حصته الشائعة وله أيضاً الحق فى الشفعة بالنسبة للكل فى حالة عدم الرغبة من الباقين » . وقرر بثانيتهما ما يأتى : « تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك فى الملك[3] الذى له مشاركة المدعى[4] بقدر حصته فى الملك المشترك[5] ومن هذين النصين يستفاد أن الشارع المختلط اعترف بوجود الحقين معاً، أى انه لم يجعل الاسترداد حقاً مندمجاً فى الشفعة . وعلى ذلك يجوز لصاحب الحق الاستعانة بالشفعة أو بالاسترداد كما قلنا . واذا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة جاز له الالتجاء الى الاسترداد . وليس من شأن الفشل فى الواحد أن يعطل الأخذ بالآخر[6]

ويرمى النص الأول الى القول بأن للشريك حق الشفعة كما له حق الاسترداد وله نصيب فى الحصة المستردة بقدر نصيبه فى المال المشاع . واذا لم يشفع زملاؤه فله حق الشفعة فى الكل

ويرمى النص الثانى الى القول بأن الشفعة جائزة ضد الشريك الذى اشترى .

---

(١) Communistes (٢) Préemption (٣) Copropriétaire

(٤) Qui toutefois a un droit de retention ويتلاحظ أن كلمة Retention الواردة بالنص الفرنسى لم يحسن وضعها، دى هلس ج ٤ ص ١٣٩ ن ١٧ لانها تفيد حق الحبس. ومعنى حق الحبس الحق الذى يتقرر للحائز على الشىء محل الحيازة حتى يتقاضى حقه الذى صرفه عليه . وليس ذلك غرض الشارع هنا . بل غرضه أن يقول بأن للشريك المشفوع منه هو أيضاً حق فى الشفعة كما لزميله المطالبة بها . أى ان له حق الاحتفاظ بالقدر فى المبيع بما يناسب نصيبه فى المال المشاع

(٥) Propriété commune

(٦) دى هلس ج ٤ ص ١٣٧ ن ١٠ ، وص ١٣٩ ن ١٦

انما لهذا المشترى فى هذه الحالة أن يحتفظ فى الصفقة المبيعة بالقدر المناسب لحصته فى المال المشاع ما دام أن له الحق أيضاً فى الشفعة كما لزميله المطالب بها

ولما رغب الشارع المختلط فى تعديل مواد الشفعة أصدر قانونه فى ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ والغى به المواد ٩٣ — ١٠١ والمادة ٧١٩ مرافعات ولم يمس المواد ٥٦١ الخاصة بالاسترداد ، والمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ التى قررتا حق الشفعة بجانب حق الاسترداد . وبذا يمكن القول بأن الشارع المختلط مصر على تقرير الحقين بجانب بعضهما البعض ، أى حق الشفعة مع حق الاسترداد

هذا هو شأن الشارع المختلط . وأما الشارع الاهلى فقد وضع المواد ٦٨ — ٧٥ مدنى بما يطابق تقريباً المواد ٩٣ — ١٠١ مختلط . ثم وضع المادة ٤٦٢ مدنى كالمادة ٥٦١ مختلط تماماً وقرر بها حق الاسترداد فى الشيوع . ولكنه لم يشأ أن يضع عقب المادة ٤٦٢ مدنى أهلي مادتين أخريين يحكيان ما قرره الشارع المختلط بالمادتين ٥٦٢و٥٦٣ مدنى مختلط . ولعله أراد بذلك أن يتحاشى التكرار ما دام انه سبق أن قرر الشفعة بالمواد ٦٨ — ٧٥ مدنى أهلى ، باعتبار ان حق الشفعة مقرر

ووضع الشارع الاهلى أيضاً فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ ، أى بعد مضى سنة على قانون الشفعة المختلط ، قانون الشفعة بما يحكى تماماً القانون المختلط وقرر بالمادة ٢٣ الغاء المواد ٦٨ — ٧٥ . ولم يشر فى الالغاء الى مادة الاسترداد فى الشيوع ٤٦٢ مدنى أهلى

ويستفاد من ذلك كله أن الشارع الاهلى لم يجعل حق الاسترداد مندمجاً بحق الشفعة ، ولم يلغ حق الاسترداد سنة ٩٠١

وعلى ذلك يكون حق الاسترداد موجوداً بجانب حق الشفعة فى التشريعين الاهلى والمختلط . ويعتبر كل منهما مستقلا عن الآخر . وللشريك فى الملك الخيار فى استعمال أيهما أنفع له ، ولا يترتب على سقوط الحق فى أحدهما سقوط

الحق فى الآخر [(١)]

وان كان حق الاسترداد فى الشيوع يتشابه مع حق الشفعة الا أنه توجد فروق هامة بين الاثنين وهى :

١ — ان حق الشفعة خاضع لاجراءات وقيود وأحكام خاصة ومعينة بالقانون. بخلاف حق الاسترداد فهو محكوم بالقواعد العامة

٢ — ان حق الشفعة لا يسرى الا على العقار . وأما حق الاسترداد فهو يسرى على العقار والمنقول

٣ — لا يرجع فى تقرير أحكام الشفعة الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بل يرجع الى قانون الشفعة الخاص والى الاصول والقواعد التى قررتها القوانين المدنية المسنونة والمستفادة من علم القانون بالذات . وفى حق الاسترداد يجب الرجوع الى ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيان، باعتبار أن المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى عن المادة ٨٤١ فرنسى

ولقد ترتب على وجود الحقين معاً وجواز الاستعانة بالشفعة دون الاسترداد، وفى حال سقوط الشفعة يجوز الاخذ بالاسترداد، ان ذهب القضاء مذاهب مختلفة فى تفسير المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى القائلة بالاسترداد وهو يحاول بذلك رفع

---

(١) استئناف ٧ ديسمبر سنة ٩٢٠ المحاماة ، ٢ ص ١٠ عدد ٦ . وأما القول بأن حق الاسترداد أصبح منسوخاً بقانون الشفعة فهو قول غير صحيح . وهناك قضاء قال بالنسخ ولكن لم يعول عليه بعد ظهوره ، وهو : استئناف ٣١ مارس سنة ٩٠٦ م ر ١ ، ٨ ص ٢٦ عدد ١٣ ، ح ٢٢ ص ٥٧ ، المحاكم ١٨ ص ٣٨٣١ — ٧ يونيو سنة ٩٠٤ ج ١٩ ص ١٧٤ ، الاستقلال ٣ ص ٢٢٦ عدد ٣٣٢ — مجموعة جلال ج ١ ص ٤٥٧ ن ١٢٧٩ و ١٢٨٠ . وحجة هذا الرأى انه لا معنى فى أن يضرب فى قانون الشفعة الجديد ميعاد ستة أشهر لسقوط الحق فى الشفعة فى سائر الاحوال بما فيها حالة الشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع من يوم تسجيل عقد البيع وتكون المادة ٤٦٢ تعطى هذا الحق ولا يسقط الى ما لا نهاية

ملاحظة : ان حكم ٧ يونيو سنة ٩٠٤ المتقدم ذكره قد ورد ملخصه خطأ بالمجموعة الرسمية المجلد ٦ ص ٣٣ عدد ١٦ . اذ ورد بالتلخيص بان الاسترداد لا يكون الا بالمنقول . وأما الشفعة فهى فى حالة العقار . وهذا غير صحيح . اذ الحكم قرر بأن الاسترداد اصبح ملغى بقانون الشفعة وقد ورد هذا التلخيص غير الصحيح بمرجع القضاء أيضاً ص٧٩٦ ن٣٢٣٣ تعليقاً على المادة ٤٦٢

شبهة التناقض فيما يمكن أن يتفق فيه الحقان معاً ، ويرمى بذلك الى تحديد منطقة الاخذ بالمادة ٤٦٢ المذكورة بما لا يتعارض مع حق الشفعة . وهانحن أولاء نعرض هذه الآراء المختلفة ونبين ما نراه الاصلح فى الاخذ به

٦) فى مقارنة الاسترداد فى الشيوع بالشفعة

٥٥٦ — ذهب القضاء المصرى مذاهب مختلفة فى تفسير المادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى بجانب قانون الشفعة ، أو بعبارة أخرى ، فى تحديد منطقة العمل بحق الاسترداد بجانب حق الشفعة . أما مذاهبه فهى :

الرأى الاول : — يقول هذا الرأى بان المادة ٤٦٢ / ٥٦١ ترمى الى حالة خاصة وهى ما اذا كان الشريك قد باع حصته كلا أو بعضاً شائعة فى المال المشاع كله . وأما اذا كان البيع حاصلا فى نصيب الشريك فى عقار معين أو عقارات معينة دون أن يتناول البيع الحصة كلها أو بعضها فى المال الشائع جميعه ، فلا تنطبق المادة ٤٦٢ المذكورة بل يجب الاخذ باحكام الشفعة فى هذه الحالة. ويستند هذا الرأى الى ما يأتى :

١ — ان الشارع لو كان يريد من وضع هذه المادة أن تشمل أيضاً حالة بيع الحصة شيوعاً فى عقار معين لما كانت هناك فائدة من ذلك ، وفى هذه الحالة تدخل تحت نص المادة ٦٩ مدنى وهى المادة القديمة الملغاة

٢ — ان المادة ٤٦٢ مأخوذة عن المادة ٨٤١ فرنسى فيجب أن تتمشى عليها أحكامها هناك . وان علماء الفقه الفرنسى اتفقوا على أنه الاسترداد فى هذه الحالة أى فى حالة بيع الحصة شائعة فى عقار معين[1]

٣— ان المادة ٤٦٢ تتعارض مع المادة ٧٢ مدنى (الملغاة) التى قررت سقوط

---

(١) استئناف ٢ مايو سنة ١٩٠٤ م ر ١ ، ٣ ص ٤٤ عدد ١٥ وعلى الاخص ص ٧ العامود الاول

حق الشريك ان أتى أمراً يدل على رضاه بحصول البيع الحاصل للمشترى [١] وأن القول بانطباق المادة ٤٦٢ على حالة البيع الحاصل فى عقار معين يقتضى حتما القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لان حق الشريك فى الشفعة فى العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد . فاذا اشتركا فى مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخا بالحق المقيد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضا فى أحكامه ، وأنه وضع للشفعة فى باب حكما وفى باب آخر حكما آخر أوسع منه ، فمن لا يتيسر الانتفاع بالاول جاز له أن يطلب الانتفاع بالآخر . وهذا عبث يتنزه الشارع عنه عادة [٢]

٤ — العلة فى الاسترداد متعينة فى حالة بيع الحصة الشائعة فى عقار معين اذ لا خوف من الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة برمتها لان اطلاع المشترى يكون وقتئذ مقصوراً على ما يتعلق بالعقار المبيع فقط دون غيره [٣]

الرأى الثانى : ان حق الاسترداد المقرر بالمادة ٤٦٢ مدنى وحق الشفعة المقرر بقانونى سنة ٩٠٠ مختلط وسنة ٩٠١ أهلى حقان مختلفان من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . ولا يقتصر الاسترداد على حالة بيع الحصة شائعة فى المال الشائع كله ، بل يتناول ايضاً بيع الحصة الشائعة فى عقار معين [٤] ويستند هذا الرأى الى ما يأتى :

---

(١) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٨ ، تعليقات جلاد على المادة ٤٦٢ مدنى ص ٢٠٩ ن ٤ (٢) طنطا الكلية فى ١٣ مارس سنة ٩٢٠ المحاماة ، ١ ص ٤١ عدد ٨ وعلى الاخص ص ٤٣ العامود الثانى (٣) حكم طنطا ١٣ مارس سنة ٩٢٠ المذكور — وقد تأيد هذا الرأى أيضاً بأحكام عدة : ١٠ يوليو سنة ٩٠٦ ح ٢١ ص ٣١٠ ، مرجع القضاء ص ٧٩٦ ن ٣٢٣٥ الفشن الجزئية ٣١ ديسمبر سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٨ ص ١٧٠ عدد ٩٦ مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٣٨ ، ١٢ مايو سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٩ ص ٨ عدد ٩ مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٣٩ ، طنطا الكلية ١٥ ديسمبر سنة ٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٣٧ عدد ٧ ، مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٤١ ، استئناف ١٣ مايو سنة ٩٢٠ المحاماة ، ١ ص ١٣١ عدد ١٩ ، مرجع القضاء ص ٧٩٨ ن ٣٢٤٤ (٤) مرجع القضاء ص ٧٩٦ ن ٣٢٢٧ (استئناف) ، و ص ٧٩٧ ن ٣٢٤٠ (كلى) ، ن ٣٢٤٢ (استئناف) و ص ٧٩٨ ن ٣٢٤٣ (كلى) و ٣٢٤٥ (استئناف) و ٣٢٤٦ (استئناف) — ٧ فبراير سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١١٤ ، ١٤ مارس سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١٥٢

١ — ان الاسترداد مأخوذ من القانون الفرنسى، وأما الشفعة فمن الشريعة الاسلامية

٢ — ان قانونى الشفعة لم يلغيا مادتى ٤٦٢ أهلى و٥٦١ مختلط[1]

٣ — لا تتعارض أصول التشريع مع تقرير حق واحد له طريقتان فى سبيل الحصول عليه، ولكل طريقة أحكام واجراءات خاصة . ولا محل للقول بأن الشفعة ألغت الاسترداد ، لان اعمال النص أولى من اهماله [2]

وهذا هو الرأى الذى نقره

رأى الدوائر المجتمعة الاهلية : ولما اشتد الخلاف عرضت النظرية على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية فأصدرت حكمها فى ٣٠ نوفمبر سنة ٩٢٢ [3] وقررت قاعدتين رجعت فى تقريرهما الى المسوغ التشريعى للاسترداد. فبعد أن قالت بأن الشفعة مأخوذة عن الشريعة الاسلامية ، وأن الاسترداد مأخوذ عن القانون الفرنسى قررت أنه ما دامت العلة التشريعية للاسترداد «منع الاجنبى من التدخل فى الاسرات والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصة شائعة فى عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشترى دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ومن غير أن يشترك فى قسمة جميع ممتلكاتها فلا يجوز استرداد هذه الحصة منه استناداً على الحق المخول فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى بل من طريق أحكام الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة . وبالعكس اذا استدعى تسليمهم تلك الحصة شيئا مما تقدم يحق لاحد الورثة أو أحد الشركاء الاصليين استرداد الحصة المبيعة من أحدهم للغير ولو أنها شائعة فى عين معينة محدودة، الا اذا كان طالب الاسترداد تنازل عن حقه صراحة أو ضمنا باجرائه عملا يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع » اهـ

(١) ٧ نوفمبر سنة ٩١٣ ش ، ١ ص ٦٧ عدد ١٢٩ (٢) طنطا الكلية ٢٢ أكتوبر سنة ٩١٨ ح ٣٥ ص ٢٩ ، م ر ١ ، ٢٠ ص ٩٥ عدد ٧٦ (٣) م ر ١ ، ٢٣ ص ١٧٠ عدد ١١١ ، المحاماة ، ٣ ص ٧١ عدد ٤٠

وأما فى تعيين مرمى المادة ٤٦٢ فقد قررت الدوائر المجتمعة بأن المادة المذكورة « وضعت فى الحقيقة لحالة خاصة فى باب القسمة ولا علاقة لها بالشفعة التى خصص بها القانون باباً فصل فيه أحكامها المأخوذة عن الشريعة الاسلامية ، بخلاف الحق المنوه عنه فى المادة ٤٦٢ المذكورة فانه مأخوذ من المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى التى وضعت لحالة خاصة وهى حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة فى تركة أو جزء من الحصة شائعاً كالثلث أو الربع مثلا بحيث أن يدخل فى الحصة مايخصها فى جميع مشتملات التركة من عقار ومنقول وما لها وما عليها من الديون والحقوق فيحق فى تلك الحالة لباقى الورثة أو أحدهم لحين القسمة أن يستردوا الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشترى وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثى، والغرض منه منع الأجنبى من التداخل فى العائلات والاطلاع على أسرارها » اه

ومن هذين السببين الكبيرين اللذين اقتطفناهما من أسباب حكم الدوائر المجتمعة نرى ان دائرة الدوائر قررت ما يأتى :

أولا — لا يجوز قصر المادة ٤٦٢ على حالة بيع الحصة الشائعة فى عقار معين، بل يجوز الاسترداد فى هذه الحالة كما فى حالة بيع الحصة شائعة فى المال الشائع كله

ثانياً — ما دام المسوغ للاسترداد خوف افشاء أسرار الشيوع فلا يجوز الاسترداد فى حالة بيع الحصة شائعة فى عين معينة الا اذا خيف من افشاء أسرار الشيوع . أما اذا لم يخش افشاء فانه لا محل للاسترداد

ونستنتج من هاتين القاعدتين ما يأتى :

١ — ان دائرة الدوائر خالفت المذهب الأول الذى قصر المادة ٤٦٢ على حالة خاصة وهى حالة بيع الحصة شائعة فى عقار معين . وأجازت الأخذ بالاسترداد فى هذه الحالة ، كما فى حالة بيع الحصة الشائعة فى المال الشائع كله

٢ — ان دائرة الدوائر فى اقرارها للمذهب الثانى الذى لا يقضى بالتفرقة بين البيع فى المال الشائع كله أو فى عين معينة منه، رأت الحاجة الى التفرقة بين ما اذا كان البيع فى عين معينة من المال الشائع قد يقضى فيه تسليم العقار الى افشاء

أسرار الشيوع أم لا . فاذا خيف الافشاء جاز الاسترداد . وان لم يخف قد يجوز الاسترداد

ونرى ان دائرة الدوائر قد قضت بهـذه التفرقة على القاعدة الاولى القائلة بعدم قصر المادة ٤٦٢ على حالة دون أخرى . وانا لا نستطيع تأييدها فيما ذهبت اليه للأسباب الآتية :

١) ان حكم دائرة الدوائر فى حالة البيع الشائع فى عين معينة مع احتمال افشاء أسرار الشيوع وعدم احتماله ، أمر مخالف للقاعدة القائلة بأن ضرر الافشاء قرينة قانونية قاطعـة لا يجوز اثبات عكسها ، وحكم هذه القرينـة فى الاسترداد حكمها سواء بسواء فى الشفعة. فاذا بيعت الحصة الشائعة للمشترى جاز للشريك فى الحال حق المطالبة بالاسترداد دون أن يلزم باقامة الدليل على احتمال حصول ضرر من الصفقة الحاضرة ، كما انه لا يقبل من المشترى اقامة الدليل على عدم حصول ضرر ما بل الضرر مفروض حصوله ومقطوع به بالقانون . وكل ما يملكه المسترد انما هو اقامة الدليل على شروط الاسترداد وهى التى بيناها

٢) ان فى قرار دائرة الدوائر فتحاً لباب الاخذ والجدل فى الدعوى فلا يعرف لها مقياس تقاس به فى وزن الضرر ومبلغ جسامته فى الدعوى . ومن شأن ترك التقدير حراً بلا قيد أن يترتب عليه اضطراب فى تقرير الحقوق بما يذهب عنها اكبر خاصة لها وهى الطمأنينة وعدم الاضطراب

٣) واذا كانت دائرة الدوائر قد أجازت التفرقة فى حالة واحدة ، وهى حالة البيع الشائع فى عقار معين ، ورجعت فى التفرقة الى العلة التشريعية للاسترداد ، فقد أجازت بذلك ضمناً أيضاً جواز التفرقة بالرجوع الى العلة نفسها ، فى حالة البيع الشائع فى المال الشائع كله . اذ لا يوجد وجه لتفضيل حالة على أخرى . لانه لا يمكن الجزم من بداءة الامر على ضرورة وقوع ضرر فى حالة البيع الحاصل فى المال الشائع كله . اذ قد يصح أن لا يترتب فعلا وفى الواقع أى ضرر ما من وجود المشترى شريكا على الشيوع مع بقية الشركاء الاصليين . وما دام ان الدوائر

المجتمعة رأت أن العلة هى الضرر ووجب اثبات الضرر لجواز الاسترداد ، فقد أصبح الضرر حينئذ علة للاسترداد وبذا تدور العلة مع المعلول وجوداً وعدماً. ولا يخفى ما فى هذا القضاء من خطر الخطأ فى تقدير الضرر وفى مخالفة قاعدة القرينة القانونية القاطعة التى قررتها المادة ٤٦٢

والذى نراه ان الاوفق أن يقال بضرورة تقرير قاعدة واحدة تلتئم والمبادئ القانونية العامة بحيث لا تتعارض معها فيذهب عنها مسحتها العلمية القانونية . ونرى فى ذلك ضرورة القول بالاخذ بالرأى الثانى القائل بجواز الاسترداد فى الحالتين أى سواء كان البيع حاصلا فى المال المشاع كله ، أو حاصلا فى عين معينة من أعيان المال المشاع . ويجب اعتبار المادة ٤٦٢ مقررة لقرينة قانونية قاطعة لاتقبل الدليل العكسى . وبذا تتماسك المادة فى اجزائها وتنسجم أحكامها وتكون بعيدة عن اضطراب التقدير ومخاوفه

التعاقد والحقوق العينية

٥٥٧ — من القواعد التى قررتها الشرائع الحاضرة أن الحق العينى بوجه عام ينتقل بمجرد التراضى عليه أى بالعقود. وقد أخذ بهذه القاعدة القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ وأخذ عنه القانون المختلط سنة ١٨٧٥ وقررها أيضاً الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ . ولكن صدر قانون فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقمى ١٨ و١٩ قرر بأن الحق العينى العقارى بوجه عام لا ينتقل بمجرد الرضاء ، أى بالعقود ، بل لا بد من التسجيل ، بحيث اذا لم يحصل التسجيل فلا يتقرر هذا الحق العينى العقارى ولا تنتقل الملكية لا بين العاقدين ولا بالنسبة للغير . وهى قاعدة هادمة للقاعدة العصرية التى تقررت عقب ترك القيود الرومانية المعروفة التى كان لها من الاثر بروما بقدر ما يتفق مع حالة اقتصادية معينة . الا أنه لما كان لصدور مثل هذا القانون رد فعل على المعاملات التى تشبعت بروح عصر تحرر

من القيود التشريعية الا فى النــذر القليل ، رأى الشارع المصرى أن يعلن عن هذا القانون فى أول يوليو سنة ١٩٢٣ [1] وأن لا يأخذ فى تنفيذه على الافراد الا فى أول يناير ســنة ١٩٢٤ . ولما كان مبدأ حرية التعاقد بلا قيد الا فيما ندر مبدأ تركزت عليه حقوق جمة مختلفة واطمأن لها الناس فى معاملاتهم وفى استقرار حقوقهم ، وأخذوا به فى كل مظاهر المعاملات ، وكان من المستحيل حتما أن يهدم تشريع جديد حالات شرعية قديمة وقعت صحيحة ، قرر الشارع بالقانون الجديد بالمادة ١٤ بأنه «لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً ولا على الاحكام التى صدرت قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضــعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لاحكام القوانين التى كانت سارية عليها » وبناء على ذلك تبقى القواعد القانونية المقررة بالقانون المدنى المصرى قائمة ومأخوذاً بها بشأن العقود والاحكام السابقة على أول يناير سنة ٩٢٤ . أى أنه يعمل الآن بالتشريع الجديد فيما يقع من أول يناير سنة ٩٢٤ ، وبالتشريع القديم فيما سبق هذا التاريخ.
وعلى ذلك لا يعتبر القــانون الجديد ناسخا للقديم الا فى المستقبل أى من أول يناير سنة ٩٢٤ ، لا فى المــاضى أى قبل أول يناير ســنة ٩٢٤. ومتى تقرر ذلك وجب حتما الالمــام بالاصول القانونية المقررة قبل ذلك التاريخ باعتبارها سارية على معاملات كانت خاضعة لها من ســنة ١٨٧٥ الى ٣٠ ديسمبر سنة ٩٢٣ وهى معاملات عدة تشعبت فيها الحقوق وتوالت عليها الازمان وأصبح بعضها مكتسبا بالسبب الصحيح وحسن النية بمضى خمس سنوات ، لان العقد غير المسجل يصح أن يكون سببا صحيحا بخلاف القانون الجديد فان العقد غير المســجل لا يصح أن يكون سببا صحيحا . ونتبين من ذلك كله انه لاجــل الاحاطة بالاطوار التشريعية علما وعملا فى آن واحد يجب الالمــام بالقديم والحديث ، لان المحاكم ستبقى آخذة بالقديم فيما يتعلق بالتسجيل وأحكامه طبقا لما كان معروفا من قبل
وبناء على هذا الاعتبار نقسم هنا هذا الموضوع الى قسمين كبيرين :

(١) انظر الوقائع المصرية عدد ٦٥ غير اعتيادى

القسم الاول : أثر التراضى فى انتقال الحقوق العينية من سنة ١٨٧٦ الى آخر سنة ١٩٢٣ ، والقسم الثانى : أثر التراضى فى انتقال الحقوق العينية من يناير سنة ١٩٢٤

التراضى وانتقال الحقوق العينية

حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٣

٥٥٨ — ذكرت المادة ٤٤/٦٦ مدنى أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ومن بينها العقود[١] وقالت المادة ٧١١ فرنسى بأن الملكية تكتسب بالالتزام[٢] أى الالتزام أو التعهد بالتسليم[٣] وهو نتيجة من نتائج العقود كالبيع والهبة والبدل وسواء كان محل العقد نفس الملكية أو أى حق عينى آخر. فاذا قبل شخص تقرير حق ارتفاق على ملكه للغير فى مقابل مبلغ من النقود اعتبر ذلك بيعاً أيضاً . واذا لم يكن هناك مبلغ من النقود اعتبر العقد هبة

ومن المسائل البديهية المقررة الآن بانه بمجرد حصول الاتفاق بين شخصين على حق ينتقل هذا الحق فى الحال ، ومهما كان هذا الحق ، من صاحبه الى العاقد الآخر . على أن هذه البديهية هى فى الحقيقة مضطربة ولا يؤيدها المنطق . وقد دل التاريخ على أنها لم تكن بهذه السهولة فى الازمان السابقة اذ تطورت هى الاخرى تطوراً متأثراً باختلاف الازمان حتى وصلت الى مرحلتها الاخيرة فى الاوقات الحاضرة وحتى أصبحت فيه بديهية من البديهيات

قلنا انها مضطربة ولا تتفق مع المنطق ، لانه من الاضطراب والتناقض أن يكون الحق فى ذاته حقاً مطلقاً، كحق الملكية أو الحق العينى، وأن يكون حجة على الكافة[٤] ثم يعتبر هذا الحق نتيجة من نتائج عمل قانونى نسبى بحت[٥] كالعقد[٦] أى عمل لا يجوز أن تتعدى آثاره دائرة العاقدين (المادة ١١٦٥ فرنسى وحكمها عام

---

(١) Par l'effet des conventions (٢) Obligation (٣) Obligation
(٤) Dare أى de donner (٥) Erga omnes (٦) Acte relatif Contrat

وتقرب منها المواد ١٤١/٢٠٢ و١٤٢/٢٠٣مدنى)[1] وانا نبين الآن هنا المصاعب والمجهودات التشريعية التى كانت نتيجة لهذا التناقض والاضطراب

أما من الوجهة التاريخية فان النظرية الحاضرة القائلة بانتقال الحق العينى بوجه عام لمجرد حصول التراضى عليه دون أى قيد شكلى ما ، فانها تتعارض كل التعارض مع الاصول المقررة فى القانون الرومانى . والقاعدة الحاضرة مستفادة من المادة ٤٥/٦٧ مدنى و ١١٣٨ فرنسى وهى التى تقول « تنتقل الملكية فى الاموال منقولة كانت أو ثابتة بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكا للمملك » وتأيدت هذه المادة بالمواد ٩١ و ١١٨ مدنى الواردة بالقسم العام من القانون المدنى ، وبالمواد ٢٦٦ — ٢٦٨ مدنى الواردة بالقسم الخاص بالبيع[2] وكان الرومان يقولون بعكس هذه القاعدة اذ يقولون بأن الحق لاينتقل بمجرد التراضى البسيط والتعاقد عليه[3] لان العقد عند الرومان لا ينقل الملكية انما تتولد عنه جملة التزامات كما قال بذلك المشترع بولص الرومانى وكما تقول به الآن المادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣[4] واذا كان الالتزام هذا الناشىء عن التعاقد والتراضى خاصاً بنقل الملكية فان الملكية لا تنتقل الا بعملية أخرى تحصل مع التراضى والتعاقد المنشىء للالتزام ، أو تحصل فيما بعد ، باحدى الطرق المقررة عندهم وهى البيع العلنى[5] للاشياء النفيسة[6] والبيع بواسطة المناولة من يد ليد[7] للاشياء غير النفيسة[8] والبيع أمام القاضى[9] للنوعين النفيس وغير النفيس

وبعبارة أخرى كان لا يحصل نقل الملكية عند الرومان الا بعملية لا تكمل الا فى وقتين مختلفين . وأما فى الأوقات الحاضرة (ونريد بالوقت الحاضر الوقت السابق على أول يناير سنة ١٩٢٤، والوقت اللاحق لهذا التاريخ فيما يتعلق بالمنقولات

(١) كابيتان ج ١ ص ٩٣٥ (٢) الالتزامات ص٢٠٢ ن ٢١٤ وما بعدها فى نظرية الهلاك
(٣) Non nudis pactis dominia rerum transfermutur
(٤) الالتزامات ص ٦٦ وما بعدها وص ٨٤ ن ٨٧ وما بعدها (٥) Mancipatio
(٦) Res mancipi (٧) Tradition (٨) Res dneca mancipi
(٩) In jure cessio

فقط لان قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لا يسرى الا على العقارات والحقوق العينية العقارية كما لا يخفى) فان نقل الملكية لا يحصل الا مرة واحدة أو بالعقد نفسه. وتنتقل الملكية الآن حتى ولو لم يحصل تسليم (المادة ٩١ / ١٤٥ مدنى و ١١٣٨ فرنسى وأيضاً ما يستفاد من المادة ١١٨ / ١٧٥ مدنى) وذلك فى القانون المصرى والفرنسى. على أن القانون المصرى قد جعل الهلاك على البائع قبل التسليم. (المادة ٢٩٧ / ٣٧١ مدنى و ٢٩٨ / ٣٧٢ مدنى)[1] أى ان البيع والهبة والبدل كانت عند الرومان سندات تمليك[2] أما فى الوقت الحاضر فانها تجمع بين الاثنين سندات تمليك ووسائل تمليك[3]

١) فى تاريخ تقرير القاعدة المصرية

فى أن الملكية تنتقل بالعقد

٥٥٩ — ان الانتقال من الدور الرومانى الى الدور الحاضر لم يحصل طفرة بل سار هو الآخر فى أدوار التغير والتبدل التاريخى، وكان نفس مشترعى الرومان يقولون بضرورة تعديل المبدأ الرومانى ولقد احتالوا بجملة طرق مختلفة على جعل انتقال الملكية الحاصل من طريق المناولة باليد انتقالا صوريا حتى يسهل التعامل بين الافراد بوسيلة المناولة اليدوية التى كانت أكثر شيوعاً عن الوسائل الاخرى

أما هذه الطرق المختلفة التى احتالوا بها على جعل المناولة اليدوية صورية فهى:

١) المناولة باليد الوجيزة:[4] فاذا كان هناك مؤجر ومستأجر، أو مقرض ومقترض، وأراد المؤجر أو المقرض أن يبيع للمستأجر أو للمقترض، فيفرض أن المستأجر والمقترض قد أصبح كل منهما واضعاً يده على الشىء بصفته مالكا

---

(١) الالتزامات ص ٢٠٦ ن ٢١٦ وما بعدها (٢) Titres d'acquisition
(٣) Modes d'acquisition كابتان ص ٩٣٦
(٤) Tradition de brève main

للشيء . وكان يكفى أن يقرر المؤجر أو المقرض باسقاط حقه فى الملكية ، وفى هذه الحالة تنتقل الملكية فى الحال انتقالا لا حاجة فيه للمناولة اليدوية، بل يحصل الانتقال لمجرد حصول تغيير فى نية الحائز [١] ، اذ تزول عن هذا الحائز [٢] نية وضع اليد على سبيل الحيازة ويصبح فى الحال واضع يد باعتباره مالكا

٢) فى بقاء اليد [٣] : فاذا كان هناك مستأجر لعقار وأراد شراء العقار من المالك ثم رد العقار لهذا الاخير ليحوزه بصفته مستأجراً له ، فكان من اللازم أخذاً بالقواعد الرومانية البحت أن تحصل المناولة اليدوية مرتين . مرة من المالك للمشترى حتى يحوزه هذا الاخير بصفته مالكا له . ثم مرة من المشترى بصفته مالكاً الى البائع بصفته مستأجراً . ولقد حان الوقت الذى قال فيه مشترعو الرومان بأن من شأن هذه المضاعفة فى المناولة اليدوية أن يتولد عنها ارتباك فى المعاملات لا فائدة تعود من ورائها وأنه يكفى فى هذه الاحوال أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين وهو الاتفاق المسمى ببقاء اليد [٤] اذ يعترف فيه البائع بأن يده على العقار انما هى باسم يد المشترى المالك الجديد للعقار كما قال بذلك المشترع الرومانى سيلسوس [٥] . والذى حصل هنا أيضاً هو تغيير فى النية [٦] الا أنه فى هذه المرة أصبح المالك هو الذى لا يضع يده بصفته مالكاً انما بصفته حائزاً عارضاً

٣) المناولة باليد الطويلة [٧] : وقد انتهى الامر بالرومان أن قرروا أخيراً بأن الشيء ولو أنه لم يكن بيد مالكه بالفعل ولم تحصل المناولة اليدوية بشأنه فانه يجب افتراض حصولها اذا أصبح الشيء تحت تصرفه كما اذا اشترى بضائع مخزونة بمخزن ثم سلم له مفتاح المخزن

٤) وأخيراً قرر جوستنيان بأن مجرد تسليم عقد التمليك أو مجرد توقيع الواهب على عقد الهبة ، تنتقل الملكية فى الحال

---

(١) Animus (٢) Déntenteur (٣) Constitut possessoire
(٤) Constitut possessoire (٥) Celsus (٦) Interversion
d'animus (٧) Tradition de longue main

هذا هو عهد الرومان . وأما عهد القانون الفرنسى القديم فان مشترعيه الفرنسيين أخذوا أيضاً بهذه التعاليم الرومانية ونشروها بالاذاعة على الافراد . وفوق ذلك فان العمليين منهم [١] قد تخيلوا أيضاً طريقة أرادوا بها الافلات من ارتباكات المناولة اليدوية ، وهى الطريقة المسماة بالتسليم الصورى أو المناولة اليدوية الصورية أوالتسليم والتسلم [٢]. وذلك أنه فى حالة البيع يقرر البائع بالعقد بأنه يرفع يده عن المبيع وبسلمه للمشترى ، ويقرر المشترى من طريق آخر أنه استلم المبيع . اذا حصل هذا الاقرار من الجانبين فلا عبرة بعد ذلك فيما اذا كان المبيع قد ظل تحت يد البائع ، ما دام أن حصول المناولة اليدوية قد ثبت بالاقرار بالعقد . ويظهر أنه كان من اللازم أن يحصل هذا الاقرار على شكل عقد رسمى أو بعقد ثابت التاريخ على الاقل حتى يكون حجة على الغير . وكانت العادة تجرى وقتئذ على تحرير العقود الخاصة بنقل الملكية العقارية بشكل رسمى أمام الموثقين. هذا واذا فرض وكان العقار تحت يد الغير ولم يكن تحت يد البائع وقت البيع فكان يذكر بالعقد تنازل من البائع عن دعوى تثبيت الملكية للمشترى . ومما مر يفهم أن المناولة اليدوية كانت أمراً لازماً لانتقال الملكية فى الاصل ، ولكنه احتيل عليها بأن جعلت صورية وأنه يكفى لحصولها مجرد الاتفاق على حصولها. أى انها كانت تقع بالخيال لا فى الواقع [٣] وأصبح الشرط الوارد بالعقد بحصول المناولة اليدوية شرطا عاديا يخطو به القلم بين سطور المحررات [٤]

ولما جاء واضعو القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ وكان جلهم من العمليين رأوا أن يرصدوا بقانونهم المسنون الجديد ما رأوه بأعينهم فى مجال العمل وما قرأوه عن سابقيهم . لذا قرروا بهذا القانون هذه القاعدة العصرية المعروفة بأن الملكية تنتقل بمجرد حصول العقد والاتفاق عليها واعتبروا أن هذا الشرط الجارى فى العقود

---

(١) Praticiens (٢) Dessaisine-saisine أو Tradition feinte أو Veste deveste (انظر مذكرات دموج Demogue للسنة الاولى بكلية الحقوق بباريس سنة ٩٢٤ — ٩٢٥ ص ٩١٨) (٣) Opération psychologique (٤) Clause de style

من الاقرار بالتسليم والتسلم شرط مفروض بالعقد دون الحاجة الى النص عليه صراحة به . وعلى ذلك تقول المادة ١١٣٨ فرنسى بأن الالتزام بالتسليم يعتبر تاماً[١] . وليس معنى ذلك أن التسليم يعتبر صحيحاً[٢] بمجرد الاتفاق بين المتعاقدين لان ذلك واضح بحكم المادة ١١٣٤ فرنسى . بل معنى ذلك أن التسليم قد حصل فعلا [٣] أى تم[٤] وقد تكررت هذه الكلمة بالمادتين ٩٣٨ و١٥٨٣ فرنسى وقالت أولاها بأن الملكية تنتقل دون الحاجة الى مناولة يدوية أخرى[٥] . وتشير هذه المادة الى المناولة اليدوية الاولى وهى الحاصلة بطريقة صورية أى المناولة اليدوية الصورية الخاصة بشرط التسليم والتسلم ، ذلك الشرط الذى أصبح مندمجاً بالعقد ومفروضاً وجوده به . ونضيف الى ذلك أنه اذا لم يكن الشىء موجوداً تحت يد البائع وقت البيع فلا حاجة الى التنازل من جهة البائع للمشترى عن شرط دعوى تثبيت الملكية

وهكذا تغير المبدأ القديم بهذا المبدأ العصرى الجديد تغيراً لم تشعر به الازمان شعوراً تنم عليه حوادث مضطربة . بل حصل التغيير بطريقة غير محسوسة كما بيناه . وعلى ذلك فان الملكية تنتقل فى الوقت الحاضر بمجرد حصول العقد[٦] أى بحصول تبادل الارادة بين العاقدين ، أى بعمل نفسانى داخلى غير مرئى فى ذاته . وهنا ربما تدق معرفة الوقت الذى يحصل فيه بالضبط نقل الملكية ، لما يعتور ذلك من الصعوبات الدقيقة . أما اذا نظرنا الى المذهب الرومانى فى نقل الملكية فانا نرى فيه أنه قد قرر نوعاً من أنواع الاشهار والعلانية فى نقل الملكية سواء كانت العلانية حاصلة بالأوضاع الشكلية المعروفة[٧] فى بيع الاشياء النفيسة والبيع القضائى ، أو بالمناولة اليدوية

---

(١) Parfaite (٢) Vatable (٣) Consommée (٤) Execcutée
(وكلمة Parfaite مشتقة من كلمة Perfecta أى Accomplie بمعنى تام)
(٥) Autre tradition (٦) Contrat (٧) Formes solennelle

٢) فى القاعدة الحاضرة

وشروطها وآثارها

٥٦٠ — لا يؤخذ بالقاعدة الحاضرة فى نقل الملكية لمجرد العقد الا اذا توافرت الشروط الآتية :

١) يجب أن يكون البائع مالكا لما يملكه أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروقة واما أن تعلق البيع بشىء مملوك للغير فلا تنتقل الملكية (المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ مدنى و١٥٩٩ فرنسى) ولكن اذا تعهد البائع بالسعى فى اكتساب ملكية هذا الشىء ثم نقل هذه الملكية الى المشترى صح تعهده[١]

٢) يجب أن يكون المبيع معيناً (المواد٩٥/١٤٩مدنى و١١٢٨ — ١١٢٩فرنسى و ٢٦٠ — ٢٦١/٣٢٧ — ٣٢٨مدنى) فاذا كان المبيع من المقدرات أو المثليات اعتبر معيناً لمجرد ذكر نوعه(المادة٢٦١)برغم عدم ذكر صنف[٢] المبيع كما اذا بعتك مائة قنطار قطناً. ولا يلزم البائع تسليم أجود صنف وليس له تسليماً بخس صنف انما عليه أن يسلم صنفاً وسطاً[٣] واذا كان المبيع من القيميات أى الاشياء التى لا يقوم أحدها مقام الآخر فلا يتعين بذكر النوع فقط بل لا بد من تعيينه بما يتفق مع طبيعته كما اذا بعتك حصاناً اذ لا بد من تعيينه هنا فيما اذا كان مهراً أو فرساً صغيراً أو معمراً[٤] وهذا يخالف القانون الفرنسى اذ يجيز الفرنسيون صحة البيع ولو كان المبيع قيمياً بمجرد تعيين نوعه فقط ويحتمون على البائع تسليم المبيع من الصنف الوسط[٥]

ولا تنتقل الملكية فى هذه الحالة الا بالتسليم (المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ مدنى)

---

(١) الهلالى بك ص ١٨٩ ن ٣٢٧ و ص ٢٠١ ن ٣٠٤ وص ٢٠٣ ن٣٤٥ والمادة٣٣٥ مختلط المقابلة للمادة ١١٢٠ فرنسى ولا مثيل لها بالقانون المصرى ، وص ٢٠٦ ن ٣٥١

(٢) Qualité (٣) الهلالى بك ص ١٨٦ ن ٣٢١ (٤) الهلالى بك ص١٨٨ ن٣٢٥

(٥) بودرى الموجز جـ ٢ ن ١٠٨

أى بعد وزنه أو مقاسه ان كان مما يقبل الوزن أو المقاس . ويرى الشارحون الفرنسيون ان الملكية لم تنتقل فعلا بالتسليم فى هذه الحالة ، بل الملكية انتقلت بفعل العقد وأثره . ولان عدم تعيين المبيع تعييناً مشخصاً له لم يكن من شأنه سوى تأخير نقل الملكية فقط ، بحيث اذا رفع الحائل دون امكان التسليم فان الملكية تنتقل فى الحال . والاهمية الظاهرة من ضرورة حصول التسليم وعدم حصوله انما يرجع الى نظرية الهلاك[1] ، والى غير ذلك من المسائل الاخرى كوضع اسم المشترى على المبيع أو وضع أى علامة من علاماته[2] . اذ فى مثل هذه الاحوال تعتبر الاشياء التى كانت معينة الجنس بالامس ثم وزنت أو قيست اليوم ، تعتبر ملكا للمشترى بمجرد وضع العلامات المميزة هذه ، كل هذا على شرط الاخذ بالتسليم بالقانون المصرى دون القانون الفرنسى . على أن التسليم ليس معناه أيضاً ضرورة الاخذ بالقيود الرومانية المعروفة بل يحصل التسليم بمجرد رفع يد البائع عن المبيع وتمكين المشترى من الاستلام الفعلى ، سواء حصل التسليم فعلا وبالواقع أو لم يحصل بالفعل والواقع ، بل حصل بالتراضى على حصوله

واذا حصل التعاقد بمصر على انتقال الملكية فى الحال دون التوقف على التسليم فالتعاقد صحيح فى ذاته ما دام أنه لا يخالف النظام العام . وكذلك الحال بفرنسا فيما اذا حصل التعاقد على أن الملكية لا تنتقل الا بعد التسليم ليكون ذلك ذريعة الى جعل الهلاك على البائع لا على المشترى ، اذ يعتبر التعاقد هذا بفرنسا صحيحا أيضا[3] . ويصح كل ذلك كما يصح أيضا أن يتعاقد البائع والمشترى بمصر وبفرنسا على صبغ عقد البيع بصبغة رومانية ، أى ينصرف عقد البيع لا الى نقل الملكية فى الحال بالتسليم أو بغير التسليم بل الى تقرير التزام البائع بنقل الملكية ، أى لا يعتبر عقد البيع أداة للتملك بل سنداً للملكية

٣) ويجب فى انتقال الملكية أن يكون محل المبيع من الاشياء الموجودة

---

(١) الالتزامات ص ٢٠٢ ن ٢١٤ وما بعدها (٢) الهلالى بك ص ٣٢١ ن ٥٠٥
(٣) د ، ٤ ، ٩ ، ١ ، ٤٥٥ — كابتان ٩٣٩

فعلا [١]. فاذا تعلق المبيع بشيء مستقبل [٢] فلا تنتقل الملكية فى هـذه الحالة الا عند وجوده فيما بعد، ولا بد من ملاحظة التسليم أيضا فى البيع [٣]

وقد يدق أحياناً التمييز بين بيع الشيء المستقبل وبين اجارة الاشخاص [٤] فيما اذا كان الشيء المستقبل سيصنع فيما بعد بمعرفة البائع. أى هل العقد عقد بيع يلتزم فيه البائع بالتسليم أو يلتزم فيه بالعمل، أو عقد اجارة أشخاص. فاذا تعهد مصور بعمل صورة لشخص بالزيت، أو تعهدت ورشة بعمل أبواب وشـبابيك لعمارة فهل يعتبر العقد عقد بيع للصورة وللابواب والشبابيك، أو عقد مقاولة [٥] بين مستأجر [٦] ومؤجر [٧] فاذا فرض أنه بيع اعتبر أن الملكية قد انتقلت الى المشترى فى الوقت الذى يتعين فيه المبيع تعييناً مشخصاً لذاته. وفى هذه الحالة يعتبر الشيء المبيع فى ملك المشترى ويدخل ضمن الضمان المقرر لدائنيه بما لهم على ماله من حق الضمان العام. ويزول عن البائع حق هدم ماصنعه فيما اذا لم يرق لديه ما عمله [٨] واذا اعتبر العقد على عكس ماتقدم أى اعتبر عقد ايجار فلايعتبر المستأجر مالكا الا عند الوفاء بالالتزام [٩] أى عند استلام الشيء [١٠] وقبل الاستلام يعتبر المؤجر موجداً للشيء ومكوناً له أى له الحق فى هدمه واتلافه، ويعتبر هذا الشيء ضماناً لدائنى هذا المؤجر أى المصور أو صاحب الورشة. وكل ما نقوله الآن أن العبرة فيما اذا كان العقد عقد بيع أو عقد اجارة أشخاص انما ترجع لنية المتعاقدين على حسب ما يقدره القاضى من ظروف النزاع [١١]

---

(١) Chose actuelle (٢) Chose future (٣) الهلالى بك ص ١٦٦ ن ٢٩٤ وما بعدها (٤) Louage d'ouvrage (٥) Contrat d'entreprise (٦) Locator (٧) Conductor

(٨) د، ٩٨، ٢، ٤٦٥ — س، ٩٠٠، ٢، ٢٠١ ومقال فاهل Wahl — د، ٩٠٠، ١، ٤٩٧ — س، ٩٠٠، ١، ٤٨٩ — كابتان جـ ١ ص ٩٣٩

(٩) Paiement (١٠) Reception (١١) الهلالى بك ص ٨٢ ن ١٣٨ وما بعدها فيما يتعلق ببيع المحصولات وفيما اذا كان ذلك بيعاً أم اجارة — انظر مذكرات دموج المتقدمة ص ٩٣٤ فيما يتعلق بشخص أوصى بصنع سفينة عند مصنع سفن. فأفلس المصنع بعد أن أتم جزء من هذه السفينة فقضى بعدم صحة دعوى الموصى لما تم قبل الافلاس

٣) في نقل الملكية بالنسبة للغير

في وسائل الاشهار والعلانية

٥٦١ — ان للقاعدة المتقدمة في نقل الملكية بمجرد الاتفاق تبسيطاً في تقرير القواعد القانونية بما ينشأ عنه سهولة في التعامل . ولكن قد لاحظنا فيما تقدم أن لهذه القاعدة أضراراً . وان أكبر مظهر لهذه الاضرار انما هو جعل عقد نقل الملكية مستوراً في عالم الخفاء . اذ من المحتمل أن يتعاقد الغير مع شخص قد خرج من ماله الشيء الذي وقع عليه العقد . فاذا جاء زيد وأراد أن يشتري عقاراً من بكر ، فيجوز أن يكون العقار قد خرج من يد بكر الى خالد مثلا بالبيع أيضاً . أو ان بكراً قرر عليه حقوقا عينية عقارية لمصلحة خالد كالرهن أو الارتفاق . وعلى ذلك اذا بيع العقار مرتين فالبيع الاول صحيح وأما الثاني فلا . ولقد تبلغ الاضرار حداً عظيما فيما اذا دفع زيد ثمن العقار لبكر وكان هذا الاخير معسراً لا يقوى على رد ما أخذه . وفي ذلك ما فيه من المخاطر الصارخة على المعاملات بما لا يستطاع معه رواج الحركة العقارية

فاذا أخذ بالقيود الرومانية الخاصة بالعلانية والاشهار لما كان هناك محل لهذا الخطر أو لقل الخطر فيما اذا أخذ بطريقة المناولة اليدوية . لان الغير اذا أراد الشراء استطاع أن يعرف فيما اذا كان العقار تحت يد البائع له أو تحت يد شخص آخر ، حتى ولو سبق للبائع أن باعه من قبل ولكنه لم يزل واضعاً يده عليه ، اذ لا يتم البيع الا بالتسليم . وأما اذا كان الشيء تحت يد المشتري الاول استطاع المشتري الثاني وقتئذ أن يعلم بأن العقار خرج من مال البائع الى هذا المشتري .

على أن للقيود الرومانية في نقل الملكية أضراراً تلحق بالغير . وبيانه :

١ — اذا كان المالك بكر والمشتري الاول خالد والمشتري الثاني زيد ، فيحصل أن يشتري زيد دون أن يعلم بأن البيع حصل من قبل الى خالد حيث لم يسلم العقار الى هذا الاخير . وهنا يحدق الخطر بالمشتريين الاثنين ، اذ لا يصبح

الواحد منهما مالكا الا بالتسليم ، وحيث لا تسليم ، فلا يعتبر الواحد منهما مالكا ، انما يعتبر دائناً عادياً للبائع . وما دام انه لا يمكن تسليم الشيء الى كل واحد منهما فلا بد من تضحية أحدهما ، الا اذا استحالت ديونهما الى مبلغ من النقود . وفى هذه الحالة يتأثر حق كل واحد منهما أيضاً بقدر اعسار البائع وبقدر ما يتقاضيانه من ماله بنسبة دين كل واحد

٢ — رأينا أن القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم قد احتال كل منهما على تقرير نظرية التسليم الصورى بتقرير طرق خاصة وهى اليد الوجيزة واليد الطويلة وشرط التسليم والتسلم . ولكن هذه الطرق لا تفيد الغير شيئا بل يظل مهدداً باضرار الخفاء فى نقل الملكية

٣ — وحتى لو فرض بأنه أخذ بالتسليم الفعلى ، وانه يترتب على ذلك أن الغير يصبح عالماً بما اذا كان الشيء مملوكا للبائع أو للغير بالرجوع لوضع اليد ، فان ذلك لا يصح الا فى نقل الملكية وحق الانتفاع ، لان العقار يخرج من يد المالك حتما الى يد المشترى أو المنتفع . ولكن هناك حقوقا أخرى غير الملكية وحق الانتفاع ، لا زال الخطر محدقا بها بالنسبة للغير ، وهى بعض الحقوق العينية كالرهن الرسمى[1] وحقوق الارتفاق المستترة ، اذ لا يمكن فيها الأخذ بطريقة المناولة اليدوية . وعلى ذلك فالخفاء فيها محتم لا بد منه

٤ — انه وان كان من آثار المناولة اليدوية فى نقل الشيء من يد الى يد ، ما يجعل الغير عالما بأن شيئاً خرج من مال زيد ودخل مال بكر ، الا أنه قد يلتبس الامر على الغير اذ لا يعرف بسهولة فيما اذا كانت اليد الحاضرة هى يد مالك أو يد حائز عارض ، وهل هى يد منتفع أو يد مستأجر

واذا كان لا بد من الأخذ بقاعدة نقل الملكية بالعقود فلا بد أيضاً من تقرير العلانية واشهار هذا النقل حتى يعلم به الغير ويكون على بينة من أمره وحتى يكون عالما بما يحف الأمر من شؤون مختلفة . ولقد عمل القانون الفرنسى القديم

---

(١) Hypothèque

أيضا على معالجة اضرار النقل الخفى من طريق الاشهار والعلانية بقدر مايستطيعه فى ذلك الحين

وأما الشرائع العصرية فانها أتمت علاج الحال بالاشهار والعلانية مع بقاء بعض النقص الذى لا بد منه . ومسئلة العلانية ذات أهمية اقتصادية كبرى ولها صلة ظاهرة بأحوال التعامل العقارى بين الافراد والثقة العقارية وعلى الأخص مايتعلق بالثقة الرهنية منها [1]. لأن كبار المتمولين لا ينطلقون فى طريق الاقراض على رهن رسمى الا اذا اطمأنوا الى خلو العقار مما يعيبه وفيما اذا كان العقار هذا ملكا للمدين أو محملا بحقوق عينية عقارية أخرى سابقة للغير

ونقل الملكية فى المنقول أمر هين . وأما فى العقار فالأمر فيه شائك . وللشرائع فيه أنماط اختلفت فيها أوجه النظر ، وتباينت آراء أهل الزعامة القانونية بما سنراه فيما بعد

٤) نقل الملكية فى المنقول

٥٦٢ — من المستحيل تقرير طرق خاصة للاشهار والعلانية فى حالة نقل الملكية فى المنقول وذلك لأسباب عدة : منها كثرة المنقولات وقلة قيمة الكثير منها ، وصعوبة تعيينها تعييناً نافياً للجهالة . واذا تقررت العلانية فى نقل الملكية بالنسبة للعقارات فانما يرجع ذلك الى أنها غير قابلة للحراك والانتقال الفعلى من مكان الى مكان . ذلك لان العلانية انما تحصل بالكتابة المرصودة بالسجلات المحفوظة بأيدى موظفين عموميين قائمين على خدمة منطقة معينة من أراضى القطر. ومن البديهى أن طبيعة المنقولات لا تحكى فى هذه الحالة طبيعة العقارات من حيث الاستقرار فى مكان واحد واستقرار الكتابة المرصودة بالسجلات عليها أيضاً . ولكنه قد جرت العادة فى بعض البلاد بفرنسا أنه فى حالة بيع بعض الخيول الممتازة لا ينتقل الحصان أو الفرس من يد البايع الى المشترى الا اذا استلم هذا الأخير أيضا ورقة بأصل الحصان [2] مبيناً بها أصله وتاريخ التصرف

---

(١) Crédit hypothécaire (٢) Carte d'origine

فيه من يد الى يد . ويرى كابتان وكولاين أنه لا بأس من ايجاد أوراق خاصة بأشكال معلومة لبعض المنقولات ذات القيمة وترصد فيها مايرصد فى أوراق أصل الخيول . وبذلك يتحقق نوع من العلانية فى المنقول[1]

واذا كان الخفاء فى نقل الملكية بالنسبة للمنقول أمراً لا بد منه الا أنه قد تخف أحيانا وطأة هذا الخفاء عند الأخذ بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٤١ مدنى فرنسى فيما يتعلق بالمنقولات المادية والسندات لحاملها . ذلك ان المادة المذكورة قررت ما يأتى : « اذا التزم شخص بتسليم شىء واحد لشخصين وكان الشىء منقولا صرفا[2] وجب تفضيل من كان منهما واضعاً يده على الشىء وضعاً حقيقياً واعتباره مالكا له حتى ولو كان عقده حاصلا بعد عقد الأول على شرط أن تكون يده مشفوعة بحسن النية » وبمعناها قررت المادة ٤٦/٦٨ مدنى ما يأتى « ومع ذلك تنتقل ملكية الاموال المنقولة باستلامها (عبارة « ومع ذلك » استدراك للمادة ٤٥/٦٧ السابقة عليها القائلة بصحة نقل الملكية بمجرد حصول العقد) بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سلمها . انما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة » ولقد سبق لنا أن شرحنا هاتين المادتين عند ما تكلمنا على نظرية « الحيازة سند الملكية فى المنقول » فاذا اشترى زيد منقولا من بكر وتركه بيد البائع أصبح مع ذلك مالكا للمنقول . وزالت الملكية من زيد . ولكن زيد فى تركه للمنقول بيد بكر قد أخطأ وأضر نفسه . لانه لو جاء بكر وخان هذه الامانة وباع المنقول لخالد وكان هذا الأخير حسن النية واستلم المنقول أصبح خالد مالكا وجاز له التمسك بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » أخذاً بالمواد ٤٦/٦٨ و٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ، وبذا يصبح مفضلا على زيد . ويبقى لدى زيد حق مطالبة بكر بالتعويض فقط[3] والخطر يحدق به اذا كان بكر معوزاً

(١) كابتان ص ٩٤٢ (٢) Purement mobilière (٣) مذكرات دموج ص ٩٥٢

ولقد لاحظنا أن « بوتييه » قرر الاخذ بهذه القاعدة المقررة بالمادة ١١٤١ مع أنه كان يأبى الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » بالمعنى العصرى المقرر لها الآن. وقد يمكن الاخذ بقاعدة المادة ١١٤١ فى القانون الفرنسى القديم الذى أخذ بالمذهب الرومانى، لان التسليم أو المناولة اليدوية كان لا بد منه، اذ يستطيع خالد الشراء من بكر وهو مطمئن الى أنه مالك ما دام المنقول تحت يده ولم يتسلم بعد الى المشترى الاول وهو زيد الذى أصبح بالنسبة لبكر مجرد دائن بسيط كما رأينا. ويجوز لزيد على ذلك حق الطعن فى العقد الحاصل لخالد بدعوى الابطال [1] ولكن صحة الدعوى موقوفة كما نعلم على ضرورة اثبات التواطؤ بين بكر وخالد، أى علم خالد علماً اكيداً بسبق تصرف بكر فى المنقول. فاذا استحال عليه هذا الاثبات وجب رفض دعوى الابطال ولا محالة

٥٦٣ — وهناك نتائج هامة يمكن استنتاجها مما وقع فى تفسير وجهة النظر بالقانون الحاضر من عهد بوتييه. اذ يفهم منها أنه اذا تقررت الافضلية الآن لواضع اليد وضعاً فعليا فان ذلك لم يتقرر من طريق الاخذ بالقاعدة الرومانية المعروفة فى أن نقل الملكية لا يحصل بمجرد التعاقد عليه [2] بل تقرر من طريق الاخذ بالمواد ٤٦ و٦٠٧ و٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى، أى من طريق الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » وذلك:

١ . — اذا فرض وكان المشترى للمنقول واضعا يده وضعا فعليا وكان سيىء النية جاز للمالك وهو المشترى الاول حق طلب تثبيت ملكيته له فى دعوى يرفعها على هذا الحائز للمنقول. أما اذا أخذنا هنا على العكس من ذلك بمذهب بوتييه فان استرداد المنقول لا يحصل الا بعد الحكم بابطال البيع الثانى بواسطة دعوى الابطال المتقدمة [3] ولا يستطيع المشترى الاول الا لتجاء الى دعوى الابطال

(١) Action paulienne (٢) Nemo nudis pactis dominia transferuntur (٣) Action paulienne

هذه الا باعتبارها دعوى احتياطية [١] أى لا يأخذ بها الا بعد أن يقيم الدليل على عوز واعسار البائع الاصلى ، أى بعد اثبات عجزه هو عن الوصول فى أخذ حقه وأنه لا سبيل له الا هذه الدعوى

٢ . — اذا كان من شأن المادة ١١٤١ السابقة أن تقر القاعدة الرومانية القاضية بضرورة المناولة اليدوية فى نقل الملكية فانه يجب أن يعتبر المنقول الى حين تسليمه غير داخل فى مال المشترى الاول ، وعلى ذلك لا يجوز لدائنى هذا الاخير الحجز عليه أخذاً بحق الضمان العام المقرر لهم . ولكن القضاء الفرنسى يأخذ بالعكس من زمن بعيد [٢]

٥٦٤ — فى الاموال التى لا يجوز فيها الاخذ بالمادة ١١٤١ مدنى فرنسى و٤٦/٤٨ مدنى : رأينا حكم المواد ٤٦/٦٨ مدنى و١١٤١ فرنسى والسبب فى تقريرها والغرض الذى رمى اليه الشارع من وضعها . وعلى ذلك فهى لا تسرى الا على المنقول المادى والسند لحامله . أما بالنسبة لنقل الملكية فيما يتعلق بالمنقولات المعنوية [٣] بخلاف السندات لحاملها فهناك جملة طرق قررها الشارع :

١) تنتقل الديون العادية [٤] أى الديون التى اشتغلت بها ذمة أشخاص معينين بمجرد الاتفاق وحصول العقد . ولكن القانون قرر لها اجراءات خاصة ربما أدت فى بعضها الى العلانية . ذلك أن القانون المختلط قرر بالمادة ٤٣٦ مدنى بانه يجب أن يعلم المدين فى حالة تحويل الدين بأن الدين تحول من الدائن الى أجنبى ، انما يجب أن يصله اخبار على يد محضر من المحول اليه بحصول التحويل (ويتلاحظ أن القانون الاهلى يشترط رضاء المدين بادئ ذى بدء بالتحويل ، ويثبت الرضاء اما بالسند نفسه أو بورقة على حدة ، أى لا بد فيه من الكتابة أو اليمين عند

---

(١) Action subsidiaire

(٢) د ، ٤٥ ، ١ ، ٣٠٩ — س ، ٤٦ ، ١ ، ٥٥١ — كابتان ص ٩٤٣

(٣) Meubles incorporels

(٤) Créances ordinaires

الضرورة ، وأن يثبت تاريخ الرضاء بالورقة المنفصلة حتى تكون حجة على الغير. (المادة ٣٤٩ مدنى) [1] وبهذه الطريقة يستطيع الغير وهم دائنو المدين المحيل الاستعلام من المدين المحول ضده عما اذا كان الدين قد سبق تحويله أم لا ،أى هل خرج من مال مدينهم أم لم يخرج بعد

٢) انسندات البورصة[2] وهى الاوراق المالية التى يضارب فيها المضاربون بالبورصة ، اذا كانت سندات بأسماء أصحابها [3] فيحصل نقل الملكية فيها بالتأشير بسجلات الشركة المصدرة لهذه السندات (المادة ٣٩ / ٤٥ تجارى)

٣) وهناك بعض ديون لا تصح قبل الغير الا اذا أشهرت وأعلنت . وسنتبين ذلك عند ما نتكلم على نقل الملكية فى العقارات . ذلك أننا نرى أن الايجار اذا زادت مدته عن تسع سنوات وجب تسجيل عقد الايجار (المادة ٦١٣ / ٧٤٠ مدنى) واذا زادت قيمة الايصال عن استلام الايجار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات وجب تسجيل هذا الايصال (المادة السابقة) كل ذلك من أجل حماية الغير

وهنا رجع الشارع فى نقل الديون البسيطة هذه الى وسائل العلانية المعروفة فى العقارات . ويرجع ذلك الى أن هـذه الديون منصبة على عقارات معينة والعقارات ثابتة بنفسها . فما ثبت بالسجلات الموجودة بالجهة المعينة والمرصودة على عقارات هذه الجهة فهو سار عليها سواء كان خاصاً بحقوق عينية مقررة عليها أو بحقوق شخصية خاصة بها

هذا وهناك طائفة من المنقولات لا تتمشى عليها أحكام المواد ٤٦ و ٦٠٧ و٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى وهى السفن. اذ لنقل السفن اجراءات خاصة يرجع فيها للقانون التجارى

وأما فيما يتعلق بشهادات الاختراع [4] والمحلات التجارية [5] فان نقل

---

(١) الالتزامات ص ٥٤٤ ن ٥٦٦ وما بعدها

(٢) Valeurs de bourse

(٣) Titres nominatifs

(٤) Brevets d'invention

(٥) Fonds de commerce

الملكية فيها يحصل بالقانون الفرنسي بقيد الاول منهما بسجلات معدة لذلك بدار المديرية طبقا لقانون ٥ يوليو سنة ١٨٤٤ المعدل بقانون ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٨ وبقيد الثانية منهما بدفتر عام معد لذلك أيضا بقلم كتاب المحكمة التجارية طبقا لقانون ١٧ مارس سنة ٩٠٩ . ولما لم يوجد قانون بالعلانية قبل صدور هذا القانون فكان أصحاب الشأن يلجأون الى الاشهار والاعلان بالصحف السيارة . وفي مصر لا مثيل لهذه القوانين

ولكن القضاء يجرى فيما يتعلق بشهادات الاختراع والمحلات التجارية على أن البيع صحيح دون ان يكون خاضعاً لاجراءات شكلية . ذلك لا نا نرى أن هذه الاجراءات الشكلية ان هي الا قيود تحد من حرية التعامل وارادة المتعاقدين وأنه لايحصل هذا الحد الا اذا نص عليه بالقانون . وحيث لا نص فلا قيد . ولذا تصح بيوع شهادات الاختراع والمحلات التجارية اذا توافرت فيها شروط البيع العقاري[١]

٥) في نقل الملكية والحقوق العينية العقارية

لمحة تاريخية

٥٦٥ — أصبح نقل الملكية والحقوق العينية علنياً بالقيد[٢] والتسجيل[٣] أي بالكتابة بدفاتر عامة معدة لذلك وموجودة بمصر والاسكندرية والمنصورة وبالمحاكم الشرعية وتحت يد حفظة السجلات العامة[٤] ولم تستقر العلانية هذه طفرة بل مرت هي الاخرى بأدوارها التاريخية . ولذا لا نرى بداً من الالمام ايجازاً بهذه الادوار

(١) راجع الهلالي بك ن ٣١٧ و ٥٧٠ و ٥٧٦ و ٦٣٧ — ج ع ٢ ص ٤٠٧ ن ٤٣٤٣ و ٤٣٥٣ و ٤٣٦٥ — ج ع ٣ ص ٥٩١ ن ٦١٧٢ — جرانمولان في العقود س ٧ ن ١٩ والهامش ١

(٢) Inscription (٣) Transcription

(٤) Conservateurs des hypothèques

٥٦٦ — **الخفاء فى نقل الملكية بمقابل فى القانون الفرنسى القديم** : كانت تتبع بعض مقاطعات فرنسا الخاضعة لعادات التأمين (١) طريقة خاصة فى نقل الحقوق العينية العقارية تسمى بطريقة القيد بالسجل (٢) باعتبارها شكلا من أشكال اشهار الملكية . والاصل فيها يرجع لنظام الاشراف والاقطاعات. ذلك لان كل أرض فى ذلك العصر تعتبر انها تحت يد الحائز لها من طريق التنازل اليه من الغير (٣) أى ان المالك الأعلى لها يتنازل عنها للحائز فى مقابل أعمال يجريها هذا الاخير فى مصلحة الاول . واذا أراد الحائز أن يتنازل عن حقه للغير وجب تدخل الشريف المالك الأعلى حتى يسترد الارض من الحائز الاول ويولى عليها الحائز الثانى . وكان نقل الملكية هذا يحصل بالاجراءات أى بطريقة العزل والتولية (٤) وانتهت بالاكتفاء بقيد النقل فى سجل تحت يد كاتب محكمة الاشراف . وكان يستفيد الاشراف من هذه الطريقة فائدتين ، لانهم يتقاضون من أجلها رسوماً ويأمنون بها النقل فى الخفاء . فاذا حصل التنازل من الحائز الآخر دون مراعاة هذا القيد فلا أثر له قبل الغير وقبل الطرفين . ويظل البائع مالكاً ويصبح المشترى مشتريا أى يداين البائع بنقل الملكية

وبجانب مقاطعات عادات التأمين كانت توجد مقاطعات التمليك بالمناداة والاشهار الشفوى (٥) بأن ينادى بالتمليك علنا على الجمهور فى يوم الاحد كما كان ينادى على الزواج وانتهى ذلك بالقيد فى السجلات (٦)

وفكر الشارع الفرنسى فى ذلك العهد سنة ١٦٧٣ (عهد كولبير (٧)) فى تقرير نظام لاشهار الرهن التأمينى فأنشأ أقلام كتاب خاصة يقيد فيها الدائنون

---

(١) Contumes de nantissement (٢) Oeuvres de la loi

(٣) titre de mouvance à (من كلمة mouvoir أى تحرك)

(٤) Vest و Devest (٥) Appropriance par bannies من كلمة Ban أى أمر معلن على الافراد

(٦) مذكرات دموج ص ٩١٩ (٧) Colbert

رهوناتهم لتكون حجة على من يأتى بعدهم [١] . ولكن طبقة الاشراف عارضت فى نفاذ هذا القانون لما فيه من الكشف عن أسرار تصرفاتهم ومعاملاتهم المالية مع الغير. ومن أجل ذلك تأجل العمل بالقانون . وظلت الرهونات مخفية ككل حق عينى ما عدا ما يتعلق بمقاطعات التأمين والاشهار السنوى[٢]

فى قيد الهبات : كان الشارع الفرنسى يكره التبرعات بين الاحياء فعمل على مضايقتها من طريق اخضاعها لرقابة الافراد فانشأ لذلك سجلات خاصة بأقلام الكتاب تقيد بها الهبات عن منقول أوعقار[٣] ولم يكن القيد جوهريا بحيث يترتب على عدم حصوله ابطال الهبة فيما بين الطرفين على عكس مبدأ العزل والتولية فى مقاطعات التأمين . بل يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج بالهبة على الغير الا اذا حصل تسليم أو نص على شرط التسليم والتسلم [٤]

٥٦٧ — *قانون بروميير سنة سبعة*:[٥] أبقت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ استمرار الاخذ بما اتبعته مقاطعات التأمين والنقل بالمناداة السنوية . ولكن ماعتم أن قررت قاعدة عامة فى اشهار الرهونات التأمينية وانتقال العقارات من يد الى يد [٦] فأصدر الشارع الفرنسى لذلك قانونين هامين

القانون الاول قانون ٩ ميسيدور سنة ٣ [٧] وقرر هذا القانون اشهار الرهونات التأمينية بقيدها [٨] بسجل الموظف المسمى بحافظ السجل [٩] بحيث اذا لم تقيد فلا أثر لها . بمعنى أن الرهن بلا قيد لا يحتج به على دائن مرتهن قام به

---

(١) وكان القيد يسمى Opposition (٢) كابتان س ٩٤٤ — ٩٤٥

(٣) وسمى القيد insinuation (وهى تسمية ترجع للاصطلاحات الرومانية فى عهد القوانين الامبراطورية) (٤) Dessaisine-saisine (٥) Loi de brumaire an VII

(٦) Mutations immobilières (وكلة mutation تفيد احلال شخص محل آخر ومنها droits de mutation أى رسوم التسجيل)

(٧) Loi du 9 messidor an III (وكلة messidor مشتقة من كلة messis اللاتينية بمعنى الحصاد moisson . وتطلق الكلمة على الشهر العاشر من سنة الجمهورية الفرنسية من ٢٠ يونيو الى ١٩ يوليو) (٨) Inscription (٩) Conservateur

قبل الآخرين كما لا يحتج به ضد مشتر اشترى قبل أى قيد

القانون الثانى : قانون برومير سنة سبعة[١] : ويسمى بقانون الثقة الرهنية[٢] وهو يرمى الى تقرير ضمان للمقرضين على رهونات[٣] من طريق معالجة القانون السابق وسد النقص فيه . ذلك لانه اذا فرض وكان المقرض واثقاً من عدم سبق رهن العقار فانه يبقى مع ذلك معرضاً لأخطار أخرى وهى الناشئة عن عدم ملكية المالك الظاهر[٤] للعقار المرهون . لذا أراد قانون برومير أن يعالج هذا النقص اذ قرر نظرية التسجيل[٥] (أى نقل العقد حرفياً بسجل الحافظ للسجلات) بالنسبة لجميع العقود الناقلة للملكية[٦] والحقوق العينية المقابلة للرهن (مثل حق الانتفاع) . هذا ولأجل الوقوف على حقيقة هذا القانون يجب الالمام بالملاحظات الآتية :

١ — رجع هذا التسجيل الى نظرية القيد فى التبرعات لا الى طريقة مقاطعات التأمين . وعلى ذلك لا يعتبر التسجيل تولية فى الملكية من جانب الشارع ، بل هو مجرد وسيلة للاشهار وأداة للعلانية . وهو من هذه الجهة لا يعتبر شرطاً لازماً لنقل الملكية بل هو شرط لا بد منه ليكون النقل فى الملكية حجة على الغير ، أى على من يتعاملون فيما بعد مع المالك الأصلى

٢ — يختلف تسجيل برومير عن قيد الرهونات ، مع انهما يتفقان فى الاشهار عنهما بسجلات حافظ سجلات الرهونات أو أمين الرهونات[٧] . ذلك لان القيد[٨] يحتوى على القدر اللازم فقط للاخبار من طريق العلانية[٩] أى يعلن ما هو لازم

(١) Brumaire من كلمة brume بمعنى سحاب كثيف . أو الظلام أو الحزن أو التردد . وتطلق كلمة brumaire على الشهر الثانى من الحساب الجمهورى الفرنسى calendrier republicain من ٢٣ اكتوبر الى ٢١ نوفمبر

(٢) Crédit hypothécaire

(٣) Prêteurs sur hypothèques

(٤) Propriétaire apparent

(٥) Transcription

(٦) Actes transtatifs de propriété

(٧) Conservateur des hypothèques

(٨) Inscription

(٩) Publicité analytique أو Pub. par extraits

مما هو واضح بقوائم الرهن[1] المسلمة الى أمين الرهونات وهى لا تحتوى الاعلى المسائل الهامة ، الواردة بالعقد الرسمى الحاصل أمام الموثق ، والتى تكون ضرورية للاشهار والعلانيـة . أما التسجيل فهو على العكس من ذلك اذ هو النقل التام بالحرف[2] للعقد الناقل للملكية كالبيع والبدل والهبة . وربما كان هناك اختلاف آخر . وهو أنه لما كان العقد الرسمى المحرر أمام موثق كاملا لا ينقصه شىء مما يجعل العقد بعيداً عن أوجه النقد فيكفى فى اشهاره حينئذ قيد ملخصه أى قيد ما ورد بالقائمة اذ فيه الكفاية . وعلى عكس ذلك عقد البيع أو البدل فانه يحصل عادة بعقد عرفى . وفى ذلك مظنة حصوله ناقصاً وبطريقة مضطربة فى التحرير . ولما لم يكن أمين الرهونات قاضياً مأموراً بتصحيح أغلاط العاقدين فليس له سوى نقل العقد كما هو وبرمته

٣) أبقى قانون برومير العمل بالقيد فى التبرعات بين الاحياء . انما قرر من طريق آخر ضرورة تسجيل الهبـة فى العقارات . وبين القيد والتسجيل هنـا فروق هى :

١ — القيد خاص بالهبة باعتبارها هبـة . وأما التسجيل فهو خاص باعتبار الهبة عقداً ناقلا للملكية أو ناقلا لحق انتفاع عقارى . وعلى ذلك فالقيد لازم لجميع أنواع الهبة منقولة كانت أو عقارية . وأما التسجيل فهو خاص فقط بالتبرع بالعقار من حيث حق الملكية فيه أو حق الانتفاع

٢ — كان المرسوم[3] الصادر سنة ١٧٣١ الخاص بالقيد يقضى بتعيين مدة يحصل فيهـا القيد تتراوح بين ٤ أو ٦ أشهر بالرجوع الى ما اذا كان الاشخاص أصحاب المصلحة مقيمين داخل أو خارج المملكة . فاذا حصـل القيد فى المدة المضروبة كان لها أثر رجعى ، بمعنى أن الهبة تعتبر حجة على الغير من تاريخ الوقت الذى عملت فيه . وأما اذا حصل القيد بعد المدة فلا يحتج بالهبة على الغير الا من

---

(١) Bordereaux (٢) Reproduction in extenso

(٣) Ordonnance

وقت قيدها . هذا بالنسبة للقيد . وأما بالنسبة للتسجيل فلم يوجد شيء من ذلك اذ لا يرجع أثر التسجيل الى زمن سابق على حصوله

٣ — ان الغير بالنسبة للقيد هو خلاف الغير بالنسبة للتسجيل. فالغير بالنسبة لقانون بروميرهم الاشخاص الذين اكتسبوا حقاً عينياً على العقار من طريق المالك الاصلى وبعقد . وأما الغير بالنسبة للقيد[1] المنصوص عنه بمرسوم سنة ١٧٣١ فهو يتناول كل شخص له مصلحة فى التمسك بعدم القيد ، أى الغير فى التسجيل بقانون بروميير ، وكذلك أيضاً الدائنين العاديين للمالك الاصلى وورثته . وهنالك شخص واحد لا يجوز له التمسك بعدم حصول القيد وهو الواهب

٤ — كان قانون بروميير ناقصاً من بعض الوجوه . ذلك لانه اذا أريد حماية الملكية العقارية حماية كاملة وجب أن لا يخضع للتسجيل فقط الحقوق الناقلة للملكية ولحق الانتفاع العقارى بل الحقوق العينية الاخرى كحقوق الارتفاق مثلا . ذلك لان المعاملات الخاصة بالرهونات التأمينية فى حاجة هى الاخرى الى الطمأنينة والضمانات الكافلة لرواجها واستقرارها . فاذا أراد مقرض على رهن أن يقرض وهو مطمئن الى خلو العقار المرهون له من المحظورات العقارية فلا تتيسر له هذه الطمأنينة اذا كان يجهل تصرف مدينه الراهن فى الحقوق العقارية التى يمكن انتزاعها من العقار ، أو التكاليف العقارية التى ربما يكون العقار محملا بها والتى يكون من شأنها انقاص القيمة الحقيقية للعقار[2] . ولما كان قانون بروميير لا يقضى الا بتسجيل العقود الناقلة لحقوق عينية قابلة للرهن التأمينى دون غيرها فانه يترتب على ذلك أن عملية التسجيل لا تتمشى على العقود الخاصة بتقرير حقوق ارتفاقية أو حق الاستعمال والسكنى لان هذه الحقوق ليست قابلة للرهن

٥٦٨ — القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ ، وعدم الاخذ بقانون بروميير : فى الوقت الذى وضع فيه القانون المدنى الفرنسى لم يكن قانون بروميير قد اندمج

(١) Insinuation (٢) Valeur vénale

بعد بالعادات الفرنسية ولم يألفه الناس. ويرجع ذلك لكثرة الرسوم والمصاريف التى تترتب على الاخذ به وعلى الاخص عند طبقة الافراد الذين لم يكونوا من التنوير والعلم بما يطمئنون الى الاخذ به . ولذا هجروه وعملوا على عدم العمل به باعتباره معطلا ومضايقاً . ولما حان وقت وضع القانون المدنى انقسم المحضرون له شطرين: شطر يعارض فى بقاء اجراءات التسجيل . وشطر يقول ببقائها . وانتهى الامر بأن قرر الشارع بأن الرهونات لاتكون حجة على الغير الا بالقيد (المادة ٢١٣٤ مدنى فرنسى)

وقد قام الجدل بين محضرى القانون عند وضع المادة ١١٣٨ القائلة بتمام التعاقد لمجرد الاتفاق عليه وبانتقال الملكية لمجرد حصوله ، وذلك أن تجادل أخصام التسجيل مع أنصاره . وأخيراً وضعت المادة ١٥٨٣ (المقابلة للمادة ٢٣٦ / ٣٠١ مدنى) الخاصة بصحة عقد البيع ، بما يطابق المادة ١١٣٨، الا أنه روعى فى وضعها أن صحة العقد هى بالنسبة للبائع ، وترك الامر بالنسبة للغير

ولما جاء دور تحضير الباب المخصص للرهونات التأمينية احتدم الجدل بين المحضرين ، اذ قال البعض بضرورة اشتراط التسجيل فى نقل الملكية بالنسبة للغير. (وأضاف هذا الفريق على هذه القاعدة أن لا يبيع البائع للمشترى الا الحقوق المقررة له فقط على الشيء المبيع) . وقال البعض الآخر بعدم ضرورة اشتراط هذا الشرط . ولاحظ ان فى تقرير الفريق الاول للقاعدتين السابقتين تناقضاً ظاهراً . وأخيراً تقرر الاخذ بعدم شرط التسجيل مع بقاء القاعدة القائلة بأنه لا يجوز للبائع أن يبيع اكثر مما يملك[1]. ولكن مع ذلك بقى الاخذ بضرورة التسجيل فى حالة هبة العقار (المواد ٩٣٩ و٩٤١) أى هبة الاشياء القابلة للرهن . ثم أشار القانون الفرنسى أيضاً الى التسجيل فى بعض مواده كحالة امتياز البائع (المادة ٢١٠٨) وتطهير العقار من الرهونات (المادة ٢١٨١)[2]

---

(١) كابتان ص ٩٤٩ (٢) مذكرات دموج ص ٩٢٣ وما بعدها . وانظر المادة ٨٣٤ مرافعات فرنسى

وهنا حصل التساؤل فيما اذا كان قانون بروميير قد لا يزال قائماً بعد ظهور القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ أم لا . وفى ذلك أفتى مجلس الحكومة بباريس بالسلب وقرر بانه ليس هناك ضرورة الى تسجيل عقد البيع حتى يكون ذلك حائلا دون قيد الرهن الصادر من نفس البائع لان القيد أصبح مستحيلا بعد البيع . وهذا يفيد بان البيع ليس نافذاً فقط على العاقدين بل هو نافذ أيضاً على الدائنين المرتهنين . أى انه لم يبق أثر بالمرة لقانون بروميير المذكور

٥٦٩ — قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، فى ظهور التسجيل من جديد : رأينا أنه لم يؤخذ بنظرية التسجيل فى عهد قانون نابليون . ولكن ما عتم أن ظهرت مخاطر عدم الاخذ بها عقب التطورات الاجتماعية والاقتصادية وذيوع المعاملات بين الافراد . اذ يحصل أن المشترى يظل مهدداً لا يعرف فيما اذا كان سيستمر مالكا أم لا ، فيما اذا ظهر فيما بعد شخص آخر يدعى حقاً على العقار . وأخيراً فكر المفكرون فى ضرورة وضع نظام محكم للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية . ولذا ظهر قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى فأعاد بظهوره قانون بروميير مع شىء كثير من التعديلات الهامة . وسمى هذا القانون بقانون التسجيل فى مسائل الرهن

وهذا القانون قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ هو ما أخذ عنه الشارع المصرى تشريعه المختلط سنة ١٨٧٥ وتشريعه الاهلى سنة ١٨٨٣

ثم جاء الشارع المصرى سنة ١٩٢٣ وأصدر قانونه المعروف فى ٢٦ يونيو رقم ١٨ و١٩ أهلى ومختلط وهدم به أصولا عدة من أصول القانون المدنى المقررة فيما يتعلق بحرية التعاقد وأثره بين العاقدين ، وهو يريد بذلك أن يمهد الطريق أمام الاخذ بنظام جديد فى وضع الملكية العقارية على أساس آخر وهو نظام السجلات العقارية[١]

---

(١) Livres fonciers

لذا نرى تقسيم هذا الموضوع الى قسمين : القسم الاول يتعلق بنظرية العلانية أو الاشهار قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ وهو مبدأ تاريخ العمل بقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ المذكور . والقسم الثانى يتعلق بهـذه النظرية طبقاً لذلك القانون . ومن المحتم التكلم على النظام القـديم لانه لا بد من نفاذه على العقود الحاصلة فى عهده كما تقضى بذلك المادة ١٤ من قانون ٢٦ يونيو المذكور

أما القسم الاول فانه يتناول المسائل الآتية :

١) العقود الخاضعة لاجراءات العلانيـة والاشهار ٢) فى كيفية حصول هذه العلانية وفى نظامها ٣) فى الجزاء المترتب على عدم مراعاة العلانية ٤) فى نقد ذلك النظام وفى الوسائل التى رجع اليها فى معالجته .

٦) العلانية والاشهار قبل يناير سنة ١٩٢٤

١ — العقود والاحكام الخاضعة لاجراءات العلانية

٥٧٠ — هذه العقود على ثلاثة أنواع :

١) العقود بعوض بين الاحياء الناقلة للملـكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية

٢) التبرعات

٣) الايجارات الزائدة مدتها عن تسع سنوات وايصالات الايجار المدفوع مقدما عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات — وأما الاحكام فهى الخاصة بالغاء عقد سابق مسجل

١ — النوع الاول — فى العقود بعوض بين الاحياء والناقلة للملـكية أو المنشئة لحقوق عينية عقارية

٥٧١ — وردت القواعد الخاصة بالقانون المصرى تحت عنوان « فى اثبات الحقوق العينية » بالمواد ٦٠٦ — ٦٢١ / ٧٣٢ — ٧٤٨ مدنى وأدخل فيهـا

الشارع القواعد الخاصة أيضاً بنقل الملكية في المنقولات (المواد ٦٠٧ و ٧٠٨/٧٣٣ و ٧٣٤ مدني) وأطلق باقي المواد على اشهار نقل الملكية والحقوق العينية العقارية، بعد أن قرر بالمادة ٦٠٦ / ٧٣٢ مدني حكما عاما يشمل أثر العقود بوجه عام في أن للعقد أثراً حالا بين المتعاقدين[1] بمجرد حصول الاتفاق

وبعد أن قرر الشارع بأن نقل الملكية والحقوق في المنقولات يحصل بمجرد الحيازة (المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني) سواء كان ذلك بالنسبة للعاقدين أو للغير (اذ تقول المادة ٦٠٧ « ... في حق كل انسان ...»)، وقد بينا ذلك في مكانه، اذ قرر بالمادة ٦٠٩ / ٧٣٥ مدني بأنه« في مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين[2] على حسب القواعد الآتية[3] »

ولقد أخذت المادة ٦١١ / ٧٣٧ مدني في بيان هذه العقود الخاضعة لاجراءات العلانية. (وهذه المادة المصرية هي المقابلة للمادة الاولى والثانية من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسي) ومن هذا النص يرى أنه يشير الى طائفة من الحقوق العينية العقارية والى العقود الناقلة للملكية أو المكونة للملكية. ونرى التكلم على كل منها على حدة

§ ١ — الحقوق العينية العقارية

٥٧٢ — نصت المادة ٦١١ / ٧٣٧ مدني والمادتان ١ و ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ على ما يأتي «الحقوق بين الاحياء[4] الآيلة من عقود انتقال[5] الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة[6] لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق[7]، تثبت في حق غير المتعاقدين[8] ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في

---

(١) Inter partes (٢) Des tiers (٣) En matière immobilière
les droits réels s'établissent (٤) Actes entre vifs
(٥) Translatifs (٦) Constitufs (٧) Portant renonciation
(٨) Des tiers

قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية » (عبارة أو فى المحكمة الشرعية لم ترد بالنص المختلط) وعلى ذلك تكون الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل هى ما يأتى :

١) الحقوق بين الاحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن، وهى الملكية وحق الانتفاع العقارى (وهذا تأييد لقانون بروميز سنة سبعة الفرنسى)[١] .

٢) العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى . ولقد دعت الضرورة العملية الى تحتيم النص على هذه الحقوق حتى يعلم المتعاقد مع المالك بهذه التكاليف العقارية المحمل بها العقار التى يشتريه أو يرتهنه فيما اذا كان مقرضاً

٣) عقود القسمة الطبيعية : عقد القسمة خاضع للتسجيل (المادة ٦١٢ فقرة ٢/٧٣٩ مدنى) برغم أن القسمة مؤيدة للملكية المقررة من قبل . بمعنى أنه اذا تقرر للغير حق عينى على العقار المشاع قبل تسجيل عقد أو حكم القسمة ، كأن أخذ دائن أحد المالكين على الشيوع اختصاصاً على العقار وسجله ، أصبح هذا الاختصاص نافذا على الغير . وكل ما استثناه القانون فى هذه الحالة انما يرجع فقط للموهوب اليه والموصى اليه اذ لا يجوز لهما الانتفاع بتسجيل عقودهما ضد الغير الذى لم يسجل عقده ولكنه أثبت تاريخه طبقاً للمادة ٦١٧/ ٧١٤ مدنى الملغاة من حيث نقل الملكية فقط[٢] ولا يسرى التسجيل الا اذا كانت القسمة حاصلة بين الشركاء الذين يملكون على الشيوع بغير سبب الارث . أما اذا كانت القسمة حاصلة بين الورثة فلا يخضع عقد القسمة للتسجيل حتى يكون حجة على الغير[٣]

٤) ويدخل فى هذه الطائفة الرهن العقارى الحيازى[٤] وهو أن يرهن

---

(١) مذكرات دموج ص ٩٤٠ (٢) ج ع ٢ ص ٤٠١ ن ٤٢٨١

(٣) استئناف ٢٠ يناير سنة ٩١٥ م ت ق ، ٢٧ ، ١٢٤ — ج ع ٢ ص ٤٠١ ن ٤٢٨٧

(٤) Gage immobilier

المدين عقاره عند الدائن ضمانا لدين هذا الاخير. ولا بد فى هذا الرهن من جعل العقار بحيازة الدائن ومن تسجيل عقد الرهن. بمعنى أن الرهن لا يصح بالنسبة للغير الا بتوافر هذين الشرطين التسجيل والحيازة. أما التسجيل فأمره ظاهر وأما الحيازة فانها أمارة العلانية ومظهر مادى يدل على خروج العقار من يد المالك المدين الراهن الى يد الدائن المرتهن. ولا تعتبر هذه الحيازة كافية ليحتج بها على الغير فى صحة الرهن. بل لا بد أيضاً من التسجيل. واذا لم تنتقل الحيازة للدائن جاز له مطالبة المدين بها مع صحة عقد الاستدانة. ويستمد حق المطالبة بالحيازة من نفس عقد الاستدانة الذى يملكه هذا الحق

ويحصل أن يد المدين تبقى على العقار من طريق الايجار بعد حصول تسليم الحيازة فعلا أو صورة. فهل يصح الرهن فى هذه الحالة قبل الغير، أم ان فى بقاء يد المالك على العقار فواتاً لشرط صحة الرهن بالنسبة للغير مهما كانت صيغة اليد وطبيعتها فيما اذا كانت يد مالك [1] (عند عدم حصول تسليم الحيازة فعلا) أو يد نائب عن الغير أى يداً عارضة [2] كالمستأجر؟ [3] اختلف القضاء فى ذلك فتارة يقول بأن فى بقاء يد المالك الراهن على العقار من طريق الايجار ما يحول دون صحة عقد الرهن بالنسبة للغير، اذ شرط نقل الحيازة الى يد الدائن المرتهن غير متوافر. وطوراً يقول العكس. وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة بالرأى الاول. وفى الواقع فان فى بقاء الحيازة بيد المالك مع قيام عقد الرهن تشكيكا للغير فيما اذا كان السبب فى هذا البقاء نقصاً لزم عقد الرهن من وقت نشوئه، أو نتيجة لعقد الايجار المعقود بين الدائن ومدينه يجعل هذا الاخير مستأجرا. ولما كان لا توجد اداة قانونية يمكن الاستعانة بها فى التعرف على كيان هذه اليد خلاف الطرق المقررة بشأن العلانية وأخصها التسجيل ولم يقض القانون بتسجيل عقد الايجار فى هذه الحالة حتى يستطيع الغير معرفة حقيقة هذه اليد، رأى الشارع أخيرا ضرورة الاخذ بأصول العلانية فى هذه

(۱) Animo domini (۲) à titre précaire (۳) Pro locato

الحالة وقرر بالمادة ٢ من قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٤ رقم ٤٩ ما يأتى « وفى حالة الرهن العقارى يجوز للدائن المرتهن ان يؤجر العقار المرهون للمدين بشرط ان يكون الايجار منصوصاً عليه فى عقد الرهن او مؤشرا به فى هامش تسجيل الرهن وذلك فى حالة حصول الايجار بعد الرهن » أى لابد من تسجيل الايجار مع عقد الرهن أو بعد عقد الرهن من طريق التأشير به بسجل الرهونات . كل هذا رفعاً لما يقع فيه الغير من التشكك بشأن طبيعة اليد وكيانها (راجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون بمجلة جازيت المحاكم المختلطة المجلد ١٣ ص ١٣٠ العامود الثانى فى ثلثه الاخير والعامود الثالث)

هذا ولما كان القانون يقضى بجواز حصول الرهن العقارى فى صورة البيع الوفائى (المادة ٣٣٨ فقرة ٢ / ٤٢٣ مدنى) كان يقع كثيرا ان تدق التفرقة والتمييز بين ما اذا كان العقد المطروح النزاع فيه امام القضاء عقد وفاء حقيقة طبقاً للفقرة الاولى من المادة ٣٣٨ فتسرى عليه قواعد البيع الوفائى (المادة ٣٣٩/٤٢٢ مدنى) وان لا يجوز فيه استرداد المبيع بعد فوات المدة المقررة للاسترداد والتى لا تزيد قانوناً عن خمس سنوات (المادة ٣٤١ / ٤٢٧ مدنى) ، ام هو عقد رهن عقارى حيازى ضامن للدين فقط فيجوز استرداده فى اى وقت مهما طال الاجل على حيازته بيد الدائن بعد خصم الفوائد من غلة العقار وخصم ما يتبقى من الغلة من اصل الدين . ولما تعالت الشكوى من هذا الغموض وصعوبة التفرقة بين الوفاء الصحيح والرهن العقارى، تدخل الشارع فى الامر واصدر قانونه السابق ذكره بشأن تسجيل الرهن العقارى وهو قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٤ المذكور وقرر الغاء المادتين ٣٣٨ و٣٣٩ المذكورتين واستبدالهما بالمادتين ٣٣٨ و٣٣٩ الجديدتين. فجعل أولاهما للبيع الوفائى البحت . وقرر بالثانية بأنه « اذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبر باطلا لا اثر له[1] سواء بصفته

---

(1) Nul et de nul effet

بيعاً أو رهنا [١] أى ان العقد باطل من حيث البيع والرهن معاً . ونرى ان العقد يستحيل حينئذ الى مجرد التزام بسيط تشتغل به ذمة من قبض المبلغ سواء كان المبلغ ثمنا للصفقة فى حالة البيع او مبلغ الاستدانة فى حالة القرض . وعلى ذلك يعتبر البائع او المدين المقترض لا زال مالكا للعقار . وبذا تنفذ تصرفاته فيه على المشترى والمقرض . وليس لهذين الاخيرين حق الاحتجاج على الدائنين المرتهنين او اصحاب الاختصاص بالتفاضل عليهم فيما اذا كانت تواريخ حقوقهم العقارية المتوقعة على العقار قد جاءت بعد تاريخ عقد البيع او عقد القرض مادام ان للبطلان هنا أثراً رجعياً على العقد من وقت انشائه حيث لا اثر للعقد بالمرة ، فكأنه لم يكن

هذا وقد يشتبه الرهن العقارى مع الغاروقة المقررة بالمادة ٣٥٥ أهلى (ولا مثيل لها بالمختلط) . والغاروقة هى : « عقد به يعطى المدين عقاره الدائن ويكون للدائن المذكور الحق فى استغلاله لنفسه والانتفاع به لحين تمام وفاء الدين . — وأصحاب الاطيان الخراجية هم الجائز لهم دون غيرهم عقد مشارطة الغاروقة على أطيانهم » . ولقد سبق ان رأينا زوال التمييز بين الاراضى الخراجية وغيرها اذ إصبحت الاراضى بمصر كلها مملوكة الرقبة والمنفعة لصاحبها وهو مالكها اى انها اصبحت اراضى ملك . وفى ذلك قرر القضاء المصرى زوال الغاروقة أيضا لزوال التفرقة . وما دام ان الغاروقة عقد من العقود التى يجوز للافراد التعاقد عليها أخذاً بمبدأ حرية التعاقد المحدودة بالنظام العام فانه يصح القول هنا أيضاً بجواز صحة الغاروقة الآن بعد زوال التفرقة العشرية والخراجية . الا أنه اذا قيل ذلك وجب حتما اعتبار العقد عقد رهن حيازى . وفى هذه الحالة يجب خضوع هذا العقد للاصول المقررة قانوناً وعلى الاخص فيما يتعلق بالنظام العام . فلا يجوز

(١) Tant comme vente que comme nantissement انظر المذكرة الايضاحية السابقة بمجلة جازيت المحاكم المختلطة مجلد ١٣ ص ١٣٠ العامود الاول وثلثى العامود الثانى

الاتفاق على عدم التسجيل بالنسبة للغير ، ولا الاتفاق على جعل الدائن المرتهن مالكا للعين عند حلول أجل الوفاء وعدم الوفاء من المدين[١] (المادة ٥٤٣ مدنى و ٧٩ تجارى) ولا الاتفاق على جعل ثمرة العقار فى مقابل انتفاع الدائن باستغلال العقار ، ومن باب أولى تمليك الدائن الثمرة بلا مقابل (المادة ٥٤٥ مدنى) لان ذلك يعتبر صورة من صور الاتفاق على فوائد أكثر من ٩٪ وهو اتفاق محظور قانونا ويجب فيه انقاص الفوائد الى ٩٪ كما قرر القضاء ذلك

هذا والقانون الفرنسى لا يعرف الرهن العقارى انما يعرف نظاما آخر يشبهه كل الشبه وهو الغاروقة الفرنسية[٢] والغاروقة الفرنسية تحكى الغاروقة المصرية من جميع الوجوه الا فى وجه واحد وهو قصر الغاروقة بمصر على الاطيان الخراجية . ولما كانت الغاروقة الفرنسية هى نفس الرهن العقارى بمصر قرر الشارع الفرنسى ضرورة درجها ضمن العقود الخاضعة للتسجيل (المادة ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) ولما جاء الشارع المختلط ووضع قوانينه سنة ١٨٧٥ أدرجها هو الآخر بالمادة ٧٣٧ ضمن العقود الخاضعة للتسجيل ولم يدرج بها الرهن العقارى . وعدم الادراج هذا لا يستفاد منه عدم خضوع الرهن العقارى المختلط للتسجيل ، لان الشارع نفسه قرر تسجيله فى مكان آخر ، اذ قرره بالمادة ٦٧٤ مدنى مختلط . وانما الذى نستنتجه من ذلك أن الشارع المختلط اعتبر الغاروقة هى نفس الرهن العقارى لانه لم يعرفها باعتبارها غاروقة بل عرفها باعتبارها رهنا عقاريا حيازيا . وأكبر دليل على ذلك انه لم يرد بالقانون المختلط نص يحكى نص المادة ٣٥٥ مدنى أهلى الخاص بالغاروقة كما بينا

أما الشارع الاهلى فانه لم يدرج الغاروقة بالمادة ٦١١ ضمن العقود الخاضعة للتسجيل . وان كانت هذه المادة واردة على سبيل الحصر الا أن الشبه القائم بين الغاروقة والرهن العقارى كبير الى حد اعتبارهما واحداً يجعل هناك محلا للقول

---

(١) Pacte commissoire (٢) Antichrèse

بضرورة التسجيل . على أنه لا فائدة عملية الآن من هذا البحث ما دام أن القضاء قرر زوال الفاروقة

والحقوق العينية ، وهى الحقوق التبعية ، لا تخضع للتسجيل فهى ما تأتى :

١) الرهونات التأمينية اذ يكتفى فيها بالقيد كما رأينا

٢) حق الحبس :[١] وهو حق الشخص فى الاحتفاظ بالشىء المملوك لآخر اذا أصبح (هذا الشخص) دائنا له (للآخر) بسبب هذا الشىء . فللمشترى الوفائى مثلا حق حبس العقار تحت يده حتى يستوفى ماله قبل البائع من المصاريف الضرورية والنافعة التى صرفها على العقار فيما اذا جاء المشترى وطلب استرداده فى المدة المعينة (المادة ٣٤٤/ ٤٣٠ مدنى و ١٦٧٣ فقرة أولى فرنسى) ويظهر أن القضاء يجرى فى أحكامه على اعتبار حق الحبس حقا عينيا . واذن كان يجب خضوعه هو الآخر لاصول العلانية أى التسجيل . ولكن الشارع لم ير محلا لذلك لان الحبس يقتضى دائما وحتما أن يكون العقار تحت يد الدائن لا تحت يد المالك

٣) الاجارة الطويلة غير معينة المدة[٢] لا تخضع للتسجيل وكان الاولى الاخذ بالعكس ما دام أن عقود الايجار الزائدة عن تسع سنوات خاضعة للتسجيل .

٤) الحكر لا يخضع للتسجيل . وكان الاولى العكس كما قلنا فى الحالة السابقة

٥) العقد ذو الاجارتين كذلك كما تقدم لا يخضع للتسجيل

§ ٢ — العقود بين الاحياء الناقلة أو المنشئة

٥٧٣ — هذه العقود الخاضعة للتسجيل على أنواع كثيرة :

١) العقود الناقلة كالبيع والوعد بالبيع[٣] والبدل والوفاء بعقار فى مقابل الدين[٤]

---

(١) Droit de rétention (٢) Emphytéose

(٣) الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٩ .— الهلالى بك ص ١٠٦ — ١٢١ ن ١٧١— ١٩٦ — دى هلس ج ٣ ص ٤٦٦ ن ١١٤

(٤) Dation en paiement

وتقديم عقار بمثابة حصة للشريك فى شركة[1] . والصلح يجب تسجيله أيضا اذا تعلق بالاسقاط عن عقار غير متنازع فيه [2] اما اذا تعلق بنفس العقار المتنازع فيه فلا محل لتسجيله[3] وهذا على شرط ان يكون العقد المملك لمن حصل التصالح فى مصلحته مسجلا حتماً

٢) التنازل عن الحقوق الخاضعة للتسجيل . أى تركها للغير . ذلك لان بالتنازل تمليكا من طريق عكسى لحق عينى قد سبق نقله من قبل (المادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى والمادة الاولى فقرة ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) فاذا أسقط المنتفع حقه فكأنه تنازل عنه لمالك الرقبة

٣) **التخارج** : وما القول بشأن التخارج فى التركة ؟ فهل يخضع عقد التخارج للتسجيل ؟ أى اذا تنازل الوارث عن المطالبة بحصته فى التركة المخلفة عن مورثه فهل لا بد من تسجيل عقد التنازل هذا ؟ فاذا باع الوارث المتخارج عقاراً لمشتر بعد تخارجه وسجل المشترى عقده ولم يسجل المتخارج اليه عقد التخارج ، فهل يسرى عقد المشترى على المتخارج اليه ام لا يسرى ؟ ان عقد التخارج عقد كسكل العقود خاضع لاحكامها من حيث شروط الصحة والاركان[4] ولكن هل عقد التخارج ناقل للملكية أم لا ؟ الذى نقول به هو أن عقد التخارج عقد صادر من وارث لوارث . ويصدر عقد التخارج بعد أن يصبح الوارث المتخارج مالكاً بالارث ، لان الوارث يملك بسبب الميراث عند تحقق شروط ثلاثة : موت المورث وحياة الوارث وجهة الارث (المادة ٥٨٢ من مرشد الحيران) أى ان الوارث يملك لمجرد الوفاة دون أن يعلن تمليكه على قبول منه لان التمليك بالارث ليس كالوصية اذ تعتبر هذه عقداً لا بد فيه من قبول الموصى اليه (المادة ٥٤٣ من مرشد الحيران) . فالتخارج يصدر من مالك يسقط نصيبه فى الارث

---

(١) الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٨ . — مذكرات دموج ص ٩٤٢

(٢) د ، ٩٤ ، ٢ ، ٢٨٧ . — س ، ٩٤ ، ٢ ، ٩ . — كابتان ص ٩٥٣

(٣) ج ع ٢ ص ٤٠٢ ن ٤٢٨٠ (٤) ج ع ٢ ص ٣٩٧ ن ٤٢٤٤ . وكل ماله أنه لا يجوز الطعن فيه بالغبن لانه من العقود الاحتمالية

لوارث آخر. والاسقاط أو التنازل أو ترك الحق كما تقول المادة ٦١١/٧٣٧ مدنى خاضع للتسجيل كى يكون حجة على الغير. وعلى ذلك يجب تسجيل التخارج حتى يكون حجة على الغير. فاذا لم يتسجل فلا يسرى على من اشترى عقاراً من الوارث المتخارج أو على من تقرر له حق عينى عقارى وسجل عقده. على أن القضاء المختلط يقرر من طريق بوجه عام أن الحقوق المتعلقة بوجه عام بالميراث لا تخضع للتسجيل [1]. ويقرر من طريق آخر بوجه خاص بأن التخارج اما أن يكون منصباً على نصيب الوارث المتخارج برمته، واما أن يكون خاصاً بالتخارج عن عقار أو عقارات معينة. ففى الحالة الاولى لا محل للتسجيل لان التخارج انصب على مجموعة الحقوق المقررة للوارث المتخارج [2]. وأما فى الحالة الثانية فلا بد من التسجيل [3] وهذه التفرقة من جانب القضاء المختلط ضارة بالغير فى حالة التخارج عن نصيب الوارث برمته. ونرى أنه ليس لها محل مادام الغرض حماية الغير، ولا بد من حمايته فى الحالتين، ما دام ان التنازل واحد فى الحالتين. وكأن القضاء المختلط رأى فى التخارج عن الحصة كاملة بيعاً يحكى بيع الشريك لنصيبه فى شركة، أى بيعاً لحق دائنيه [4] أى لحق منقول معنوى. وهذا التشبيه ان قيل به فهو غير صحيح لان الوارث مع زملائه الورثة لا يكونون شركة بالمعنى القانونى الصحيح، أى لا يعتبر النصيب فى الارث كالنصيب فى الشركة، لان للشركة وجوداً قانونياً للمخاصمة والتعاقد. بخلاف الورثة فليس لهم وجود معنوى فى مجموعهم. بل لا بد فى المخاصمة والتعاقد من ضرورة الالتجاء الى كل منهم على حدة. وازاء ذلك كله لا نستطيع اقرار القضاء المختلط فيما قرره

وما القول بشأن استرداد الحصة المبيعة فى الميراث أو فى الشركة [5]، وهو الحق المقرر بالمادة ٤٦٢/٥٦١ مدنى فهل يخضع العقد الخاص بالاسترداد الى التسجيل أم لا ؟ فاذا باع الشريك حصته فى الشيء المشاع وسجل المشترى عقده فهل يعتبر

---

(١) ج ع ٢ ص ٤٠١ ن ٤٢٨٠ (٢) Universalité
(٣) استئناف م ١٢ ديسمبر ١٩١٦ م ت ق ٢٩، ١٠٣
(٤) Droit de créance (٥) Retrait d'indivision

التسجيل حجة على الشريك الآخر الذى يجوز له بمقتضى المادة ٤٦٢ المذكورة حق استرداد الحصة المبيعة من المشترى، وعلى ذلك لا يجوز للشريك الانتفاع بحق الاسترداد؟ لا يسرى التسجيل على هذا الشريك لان المشترى يعرف أو يجب عليه أن يعرف بان القانون أباح للشريك الآخر حق الاسترداد وأن هذا الحق باق مدة ١٥ سنة فلا يسقط الا بعد مضيها وفوق ذلك فان حقيقة الاسترداد لا ترجع هنا الى تبايع ونقل ملكية[1] بل ترجع الى الحلول[2] أى حلول المسترد[3] محل المشترى[4]

٤) الوصية: وهل يخضع التنازل فى الوصية للتسجيل؟ ان قبلت الوصية من الموصى اليه وحصل التنازل بعد ذلك وجب التسجيل. وأما اذا حصل التنازل قبل القبول فلا محل للتسجيل لان التنازل فى هذه الحالة لا يعتبر تمليكاً

٣) بعض الاحكام: تقول المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى ما يأتى: «الاحكام المتضمنة لبيان الحقوق من هذا القبيل[5] أو المؤسسة لها[6] يلزم تسجيلها أيضاً. — وكذلك الاحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد[7] والعقود المشتملة على قسمة عين العقار»[8] والاصل فى الاحكام بوجه عام أن تكون مظهرة أى مقررة لا مثبتة أى منشئة. ولكن هناك أحكام لم تنعت بنعت الاحكام الا من الوجهة الشكلية فقط، اذ تحكى فى الحقيقة البيع أو تحكى بوجه عام العقد الناقل للحقوق العينية. ويندمج فى هذا النوع ما يأتى:

١. — الاحكام التى تثبت وجود تعاقد شفوى ناقل للملكية (كالبيع والبدل والحصة فى الشركة وغير ذلك) وبرغم أن هذه الاحكام مظهرة فانها خاضعة مع ذلك للتسجيل لانه لم يسبق أن سجل العقد الذى تأيد بها لان العقد كان شفويا

---

(١) Mutation de propriété (٢) Subrogation

(٣) Retrayant (٤) استئناف م ٤ مايو سنة ١٩١١ م ت ق، ٢٣، ٣٠٢

(٥) Jugements déclaritifs (٦) Constituts (٧) Jugements d'adjudication

(٨) Partags d'immeuble en nature

أما اذا سبق حصول العقد وتسجل فلا محل لتسجيل الحكم الأخير المؤيد لهذا العقد[١] نعم ولو أن المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى حكمها عام بالنسبة للأحكام المظهرة سواء كانت متعلقة بعقود سابقة مسجلة أو غير مسجلة ، الا أن الشارع المصرى لم يرد أن يخالف فى هذه الحالة مرشده العادى وهو القانون الفرنسى الذى لم يقل بتسجيل الاحكام المظهرة الا اذا كانت خاصة بعقود غير مسجلة [٢]

كذلك لا محل للتسجيل اذا كان الحكم خاصاً بالاحوال غير الخاضعة لاحكام التسجيل ، كالحكم الصادر بين ورثة عن عقار ، اذ التملك بالارث يحصل قبل الغير بمجرد الوفاء ودون التسجيل[٣]

٢ — *أحكام مرسى المزاد بناء على نزع الملكية أو الحجز العقارى* : وهى بيوع حقيقية لانها تنقل الملكية من الشخص المنزوعة ملكيته الى الراسى عليه المزاد (المادة ٥٨٧/ ٦٦٠ مرافعات) وقرر القانون من جهة أخرى تكليف كاتب المحكمة بتسجيل حكم مرسى المزاد (المادة ٦٣٩ / ٧٧١ مدنى والمادة٥٩٠/٦٧٢ مرافعات) . ولكن هذا لا يمنع الراسى عليه المزاد من القيام هو بالتسجيل لان جزاء عدم التسجيل ٥٠٠ قرش غرامة (المادة المذكورة) [٤].مع حفظ الحق فى التعويض طبعاً

هذا ونعلم أن القانون المختلط قرر أنه من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية يمنع المدين من التصرف (المادة ٦٠٨ مرافعات ولم ينقلها الشارع المصرى وهى تقابل المادة ٦٨٦ فرنسى) فما هى اذن الحكمة من ضرورة تسجيل حكم رسو المزاد مع وجود تسجيل التنبيه بنزع الملكية ؟ السبب واضح وهو أن الحجر على المدين فى منعه من التصرف فى العقار لا يحول دون قيد الرهونات الموجودة من قبل على المدين . وفوق ذلك فانه اذا روعى الرأى الغالب الآن فى أن الحظر بمنع التصرف لا يشمل حق المدين فى رهن عقاره لأصبحت حكمة تسجيل حكم مرسى المزاد ظاهرة [٥]

(١) ج ع ٣ ص ٦٠٢ ن ٦٢٦٩ ون ٦٢٧٢ و ٦٢٧٣ — ج ع ٢ ص ٤٠٢ ن ٤٢٨٨

(٢) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٤٥ ن ٨٥٩ (٣) ج ع ٢ ص ٤٠١ ن ٤٢٨٦

(٤) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٤٢ ن ٨٤٩ (٥) كابتلن ج ١ ص ٩٥٤

٣ — أحكام مرسى المزاد بسبب عدم امكان قسمة العقار[١] : وهى خاضعة للتسجيل بوجه عام سواء كان الحكم صادراً برسو المزاد على أحد المالكين على الشيوع أو على شخص أجنبى . بخلاف القانون الفرنسى فانه لم يقض بالتسجيل الا فى الحالة الاخيرة . وحكم القانون المصرى هنا يتفق مع ما قرره بضرورة تسجيل عقد القسمة عن عقار (المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى) وينتقد الشارحون الفرنسيون التفرقة التى قال بها الشارع الفرنسى[٢]

٤ — الاحكام الصادرة بمرسى المزاد ثانياً بعد مرسى المزاد الاول : يحصل أنه بعد رسو المزاد أولا على شخص يأتى الغير ويزيد على القيمة المباع بها العقار (المادة ٥٨٧/٦٦٠ مرافعات) فاذا أعيد المزاد ثانياً ورسا على الاول أيضاً فلا محل للتسجيل ثانياً (المادة ٢١٨٩ مدنى فرنسى) أما اذا رسا على غيره سواء كان من قرر الزيادة أو شخص آخر فانه يجب تسجيل حكم مرسى المزاد الثانى

٥ — الاحكام الصادرة بمرسى المزاد بناء على عدم قيام الراسى عليه المزاد برفع الثمن[٣] : فى هذه الحالة يباع العقار على الراسى عليه المزاد الاول الذى لم يدفع الثمن[٤] ويلزم بالفرق (المادة ٥٧٤/٦٥٦ و٦٠٦/٦٩٦ مرافعات) ولا يستفيد من الزيادة (المادة ٦١٢/٧٠٢ مرافعات) والبيع الثانى يفسخ البيع الاول[٥] ويظهر مادام أنه فسخ فلا يترتب عليه تسجيل البيع الثانى . لانه لم يترتب على الفسخ نقل الملكية من الاول الى الثانى انما ترتب عليه احلال الاول محل الثانى[٦]. ولكن نرى مع ذلك ضرورة التأشير بمرسى المزاد الثانى بالسجل الذى تسجل به عقد المزاد الاول ، حتى يستطيع الغير معرفة أن العقار أصبح مملوكا للثانى دون الاول

(١) Licitation ويسميه البعض أحكام البيع بالتصفية : الهلالى بك ص ٥٢٧ ن ٧٠٣
(٢) كابتان ص ٩٥٤ (٣) Folle enchère (٤) Fol enchérisseur
(٥) Résolution قارن المادة ٧٧٩ مرافعات فرنسى — تنفيذ أبو هيف بك ص ٦٤٧ ن ٩٧٧ — تنفيذ عبد الفتاح بك ص ٤٨٣ ن ٧١٢ وما بعدها (٦) كابتان ص ٩٩٥

٦) الحكم الصادر بالشفعة يعتبر سند تمليك للشفيع ويجب تسجيله بمعرفة المحكمة (المادة ١٨ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٦ مارس سنة ٩٠١) وفوق ذلك فانه لاجل أن يكون طلب الشفعة حجة على الغير يجب تسجيل انذار الاخذ بالشفعة (المادة ١٤ من القانون المذكور)

٧) المرسوم الصادر بنزع ملكية المالك من عقار ينشر بالجريدة الرسمية وينتج عن نشره بالنسبة لنازع الملكية نفس النتائج التى تنتج عن تسجيل العقد الناقل للملكية (المادة ٥ من قانون ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٦)

ولا تخضع الانذارات على يد المحضرين[١] ولا أوراق اعلان الدعاوى[٢] الى قيود التسجيل[٣] ولكن العادة جرت على تسجيل هذه الاوراق . وربما ترتب على التسجيل تعطيل المعاملات العقارية[٤]

ب — النوع الثانى . التبرعات

٥٧٤ — يجب تسجيل الهبة بعقار أو بحق عينى عقارى أخذاً بالمادة ٦١١/٧٣٧ مدنى (لانها عامة فى حكمها)[٥] . وكذلك يخضع التبرع بقيمة الايجار عن ثلاث سنوات أو اسقاطه الى التسجيل أيضاً . ولا يرجع حكم التسجيل هنا الى المادة ٦١٢ مدنى المذكورة بل الى المادة ٦١٣ التى سيأتى ذكرها والتى تقرر ضرورة تسجيل الايصالات الدالة على الوفاء مقدماً عما يزيد عن ثلاث سنوات فى الايجارات[٦]

الوقفية : وهل تدخل الوقفية ضمن التبرعات الخاضعة للتسجيل ؟ يجرى القضاء على عدم خضوعها للتسجيل بالمحاكم المختلطة اكتفاء بالتسجيل الحاصل بالسجل المصان بالمحاكم الشرعية ويرى بعض رجال الفقه ضرورة خضوعها للتسجيل باعتبارها ناقلة لحق الملكية عن الواقف الى جهة البر التى لا تنقطع[٦]

(١) Sommations (٢) Assignations (٣) ج ع ١ ص ٣٠٧ ن ٤٥٩٦ ع

(٤) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٤٣ — ٢٤٤ ن ٨٥٥

(٥) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٤٠ ن ٨٤٥ — كابتان ص ٩٩٥ (٦) كبتان ص ٩٩٥

(٧) المداينات ج ٢ ص ٢٨٣ — ٢٨٧

جـ — النوع الثالث — عقود الايجار

الزائدة مدتها عن تسع سنوات

وايصالات الايجار الزائدة عن ثلاث سنوات معجلا

٥٧٥ — توجب المادة ٦١٣/٧٤٠ مدنى ضرورة تسجيل ما يأتى :

١) *عقود الايجار الزائدة مدتها عن تسع سنوات*: ولو ان الحق المتولد عن الايجار هو حق دائنيـة بسيط [١] الا أنه يشتبه مع الحقوق العينية من حيث ضرورة اثبات تاريخه ، ليكون حجة على الغير وهو المشترى من المؤجر (المادة ٣٨٩/٤٧٤ مدنى و ١٧٤٣ فرنسى) لان الايجار اذا طالت مدته فانه يعيب العقار بما يترتب عليه بخس فى قيمته العقارية وهو أمر يهم المرتهنين تأمينيا

٢) *الايصالات لمدة تزيد عن ثلاث سنوات عن ايجار لم يحل بعد* : والايصالات باستلام الايجار هنا أو اسقاطه واحد . فاذا قرر المؤجر استلامه للايجار مقدما أو اسقاطه له عن ثلاث سنوات ترتب على ذلك أيضا نقص فى قيمة العقار ، ويجب تمكين الغير من الاحاطة بما يعيب العقار . ويرى الشارحون تعديل التشريع فى هذا الشأن وضرورة التسجيل عن سنة أو سنتين [٢]

ى — النوع الرابع — الاحكام الملغية

لعقد ناقل للملكية

٥٧٦ — يحصل التعاقد أولا بين المتعاقدين . ثم يطعن فى العقد فيما بعد . وتتوجه اليه المطاعن بجملة أسباب . اما بسبب عدم دفع الثمن فى البيع (المادة ٤١٣/٣٣٢ مدنى) واما بسبب الغبن الذى أصاب البائع القاصر اذا زاد على الخمس (المادة ٤١٩/٣٣٦ مدنى) واما بسبب دعوى الابطال المرفوعة بالغاء العقد

(١) Dr. de créance (٢) كابتان ص ٩٩٦

الصادر من المدين تهريباً لاملاكه اضراراً بدائنيه ، واما لسبب عدم وجود رضاء بالمرة من جانب البائع أو لسبب عيب فى أهلية التصرف

هذه الاحكام التى تصدر ماسة بالعقد الاول يجب أن يعلم بها الغير حتى يكون على بينة مما أصاب العقد الاول الذى أصبح صاحبه هو المالك الظاهر أمام الكافة . اذ بهذه الاحكام يعود المالك الاصلى الى الظهور . ويهم الغير أن يكون عالماً بهذا التغير . وفى ذلك تقول المادة ٦٤٠ / ٧٣٣ مدنى ما يأتى : « على الكاتب أن يؤشر من تلقاء نفسه[1] على هامش التسجيلات[2] بصدور الاحكام المبطلة[3] للسند أو للحكم المسجل[4] أو الدالة على فسخه[5] وأن يسجل الاحكام الصادرة فى شأن سند انتقال الملكية الغير المسجل الذى له تاريخ صحيح سابق على العمل بموجب هذا القانون وان لم يفعل ذلك يغرم خمسمائة قرش ديوانى » ومما مر يتبين ما يأتى :

١) ان العقد الاول ، أو الحكم الاول ، الذى ألغى أو أبطل اما أن يكون مسجلا واما لا . فان كان مسجلا وجب على كاتب المحكمة التأشير بهامش تسجيله بما يفيد الغاءه أو ابطاله كلا أو بعضا . وان كان غير مسجل وجب عليه تسجيله هو ان كان له تاريخ ثابت قبل صدور القانون . وهذا الواجب لا يمنع صاحب الشأن من العمل على تسجيله كما رأينا بشأن أحكام مرسى المزاد

٢) ان الغير الذين تعاقدوا مع المشترى يصبحون مهددين بحكم الالغاء والابطال . اذ تزول حقوقهم المقررة لهم على العقار بقوة الأثر الرجعى للاحكام الملغية أو المبطلة . ولكن يزول هذا الخطر فى بعض الاحيان كما اذا ذكر بعقد التمليك المطعون فيه بالفسخ لعدم دفع الثمن ان الثمن دفع فعلا وكانت الحقيقة على خلاف ذلك بورقة ضد مثلا . (راجع مع ذلك المادة ١٩٧ مدنى مختلط ولا

(١) D'office (٢) Marge des transcriptions]
(٣) Qui annuleront (٤) Acte transcrit
(٥) Déclareront la résolution

مثيل لها بالاهلى ،وهى الخاصة بالدائنين المرتهنين بحسن نية وعدم تأثير الاحكام المبطلة أو الملغية فيهم بسبب عيوب الرضاء)

٣) وان كان الشارع قد عنى هنا بأمر اشهار الاحكام القضائية الماسة بعقود سابقة فانه لم يعن بما يقرره المتعاقدون أنفسهم بعقودهم . وأظهر فى مثل ذلك ما يتعلق بالبيع الوفائى . ذلك انه اذ رد البائع الثمن الى المشترى وفائيا فسخ عقد البيع لوقته ومن تلقاء نفسه[1] ويعود البائع مالكا كما كان بلا حاجة الى تسجيل . ولكن الخوف هنا من عدم التسجيل وهمى . لان عبارة الوفاء واردة بعقد البيع وهى كافية فى انذار من يتعاقد مع المشترى بمبلغ الخطر المحدق به [2]

٢ — فى قاعدة حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل

٥٧٧ — نرى أن المواد ٦٢١/٧٣٧ مدنى وما بعدها التى عينت الاوراق الخاضعة للتسجيل قد وردت على سبيل الحصر . وعلى ذلك لا تخضع أى ورقة أخرى لم ترد بهذه المواد الى التسجيل . واذا فرض وتسجلت فلا يعتبر التسجيل حجة على الغير أى لا يلزم الغير بقبول احكام هذا التسجيل قبله . ومن هذه الاوراق غير الخاضعة للتسجيل الانذارات على أيدى المحضرين وعرائض دعاوى الغاء وابطال العقود اذ لا يعتبر تسجيلها حجة على الغير [3] ولكن الفقه فى مصر لم يجمع كلمته على هذا الرأى . اذ بينما يقول بعض رجاله بتأييد مبدأ حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل ، وهو المبدأ الذى أيده القضاء المختلط [4] اعتماداً على أن فى اعلان مثل هذه الاوراق تعطيلا لرواج المعاملات بين الافراد ، اذ يكفى لرافع دعوى الاستحقاق فى عقار مثلا أن يسجل عريضة دعواه فيعطل لدى خصمه

---

(١) Ipso jure (٢) كابتان ص ٩٥٧ (٣) استئناف م ٥ مايو سنة ٩٨ م ت ق ، ١٠ ، ٢٦٥ (٤) انظر مقال الاستاذ دافيد حزان بعنوان « لمناسبة التسجيل » بمجلة الجازيت المجلد الاول ص ١٤٣

صاحب العقار مزية الانتفاع بعقاره فى مجال المعاملات، — قلنا بينما يقول البعض بهذا الرأى، اذ يقول البعض الآخر من رجال الفقه بانه يجب الاخذ بمبدأ التوسع فى تفسير المواد الخاصة بالاوراق الخاضعة للتسجيل . وحجته أن الشارع لم يقصد بهذه المواد حصر هذه الاوراق ولان الاشهار والعلانية انما شرع اعلاناً للغير [١] وانا نؤيد الرأى الاول ولا نستطيع الاخذ بالثانى لان نتائج التسجيل فى جعلها نافذة على الغير لا تكون الا اذا تعينت على الاقل طبيعة الاوراق وكيانها القانونى فى أنها مظهرة أو منشئة لحق عينى عقارى . على أن قاعدة تسجيل عرائض الدعوى قد أخذ بها قانون التسجيل الجديد كما سنبين ذلك فى مكانه

فى كيفية حصول الاشهار والعلانية

٥٧٨ — يحصل الاشهار والعلانية [٢] فى الرهن التأمينى بالقيد كما مر [٣]. وأما فى الحقوق العينية فيحصل بطريقتين : اما بالتسجيل [٤] واما بالتأشير بالهامش [٥]

١) **التسجيل** : ويحصل بنقل العقد كله وجميع مشتملاته [٦] فيما يتعلق بالجزء الخاص بنقل الملكية (المادة ٦٢٩/٧٦٠ مدنى) سواء كان العقد رسمياً أو عرفياً . واذا كان التعاقد شفهياً فلا محل للتسجيل الا اذا تأيد بحكم . وينتقد الشارحون النقل الكلى هذا ويرون العمل كما فى حالة الرهن فى قيد القوائم ويرغبون فى وضع نماذج تفصيلية [٧] تعد للجمهور . ولكن يلاحظ أن هذا يخرج عن مهمة حافظ السجلات وهى مهمة محصورة بطبيعتها فى الاشهار والاعلان

---

(١) انظر مقالا بامضاء .M. P ولعله امضاء صاحب مجلة الجازيت Maxime Pupikofer بالمجلد الاول ص ١٤٣ من مجلته (٢) Mécanisme de la publicité

(٣) Inscription (٤) Transcription (٥) Mention mariginale

(٦) In extenso (٧) Extraits analytiques

لا فى تقرير ضمانات للعقد فى ذاته [١] وعليهم تسجيل العقد باطلا كان أو غير باطل [٢]

٢) القيد بالهامش : وهو تلخيص للاحكام المبطلة أو الملغية كما مر بالمادة ٦٤٠/٧٧٣ مدنى

ويحصل التسجيل بسجلات خاصة تسمى دفاتر التسجيل . ولهذه السجلات قواعد واحكام من حيث نظامها وعددها وشروط التسجيل بها . ويرجع فى ذلك كله الى المواد ٦٢٢ — ٦٤١ وهى صريحة وواضحة فى ذلك كله . وسنوجز القول فيها فيما بعد عند التكلم على كيفية التسجيل طبقاً لقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ الجديد

٤ — فى الجزاء المترتب على عدم إشهار نقل الملكية والحقوق العينية

٥٧٩ — القواعد الخاصة بالتسجيل قواعد اختيارية بمعنى أنه لا يلزم الشخص بالتسجيل . وهو حر ان شاء سجل أو لم يسجل . انما اذا لم يسجل فعليه تبعة عمله . وفى هذه الحالة يتعرض لمخاطر يصبح فى مأمن عنها لو سجل . ويتناول القول هنا جملة مسائل

١ — جزاء عدم التسجيل

٥٨٠ — نعلم أن الملكية والحقوق العينيـة تنتقل بين المتعاقدين بمجرد حصول العقد . ولكن هـذه الحقوق لا تنتقل بالنسبة للغير الا بتوافر شروط خاصة . وفى ذلك تقول المـادة ٦٠٩ / ٧٣٥ مدنى ما يأتى : « وفى مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » :

ويترتب على هاتين القاعدتين ما يأتى :

---

(١) Garantie de validité

(٢) كابتان ص ٧٥٨ — ٩٥٩

١) العقد صحيح فيما بين المتعاقدين : يصبح المشترى مالكا بالعقد . وله حق المطالبة بالتسليم ووضع اليد بلا حاجة للتسجيل . وما يملكه ، يملكه خلفاؤه أيضاً من ورثة ومشترين منه . واذا حصل تقايل من البيع اعتبر التقايل بيعاً ثانياً ووجب دفع رسوم عليه اذا أريد تسجيله اذا كان قد سبق تسجيل العقد من قبل

٢) العقد غير المسجل غير نافذ على الغير : فاذا باع المالك عقاره مرتين أو اكثر وجب تفضيل من سجل أولا وكان شراؤه مشفوعا بحسن النية . واذا قرر المالك حق ارتفاق على عقاره للغير ثم باعه وسجل المشترى قبل تسجيل حق الارتفاق فلا ينفذ الارتفاق على المشترى وهكذا

ب — شرط الاستفادة من عدم التسجيل

٥٨١ — شرع التسجيل للغير . فالذى يستفيد منه هو الغير . فمن هو حينئذ ذلك الغير ؟ ليس الغير هو كل من ترتبت له مصلحة خاصة من عدم التسجيل . بل لا بد فى الغير من توافر شروط معينة وهى :

١) يجب أن يكون للغير حقاً عينياً على العقار خاضعاً للتسجيل : كالمشترى وصاحب حق الارتفاق والدائن المرتهن رهناً تأمينياً وصاحب حق الاختصاص[1] وبوجه عام كل من له حق خاضع للتسجيل سواء كان حقاً عينياً كالرهن والاختصاص أو حق الارتفاق[2] ، أو حقاً شخصياً ولكنه خاضع للتسجيل كالمستأجر لمدة تزيد عن تسع سنوات ، وصاحب الايصال عن الايجار المدفوع مقدما لمدة تزيد عن ثلاث سنوات . ولكن هناك طائفة من الاشخاص لهم أحكام خاصة :

١ — الموهوب اليه : فاذا سجل الموهوب اليه عقد الهبة وتبين بعد ذلك ان الواهب سبق ان تصرف بالبيع فى العقار الموهوب قبل الايهاب وسجل المشترى عقده بعد عقد التسجيل ، فهل يجوز للموهوب له التمسك بأسبقية

(١) ج ع ٣ ص ٦٠٣ ن ٦٢٨٦ و ٦٢٨٧ و٦٢٨٨ (٢) مذكرات دموج ص ٩٤٧

التسجيل وطلب الحكم له بأفضليته فى ضم العقار الى ملكه وترك المشترى وشأنه مع البائع الواهب ؟ اذا رجعنا الى القواعد العامة قلنا بالايجاب . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة وقرر بالمادة ٦١٧ / ٧٤٤ مدنى بأنه « يستثنى من الاصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشىء معين[1] فانه لايجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل[2] ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد ذى تاريخ صحيح[3] سابق على تسجيلها » وعلى ذلك اذا تبين أن حق المزاحم للموهوب له مثبوتاً بعقد ثابت التاريخ وسابقاً عليه فضل عليه . لان المزاحم هذا عقد عقداً بعوض مع المالك . وأما الموهوب فلا . وهذ مظهر من مظاهر كراهة الشارع للايهاب . واذا تصرف الموهوب له أو الموصى له فى العقار تصرفاً بعوض بأن باعه مثلا وسجل المشترى عقده قبل تسجيل المشترى الاول من المالك الأصلى فضل المشترى من الواهب على المشترى من المالك الأصلى . والتفضيل مأخوذ به سواء كان العقد الصادر من الموهوب له عقد بيع أو عقداً ناقلاً لحق عينى عقارى بوجه عام . وفى ذلك تقول المادة ٦١٨/٧٤٥ مدنى مايأتى: « وانما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الموصى له اذا سجل عقده[4] أو حقه بالأولية »[5]

قلنا ان المشترى (أو المتعاقد بعوض بوجه عام مع المالك الاصلى) بعقد ثابت التاريخ مفضل على الموهوب له الذى سجل عقده . ولكن لماذا قرر الشارع هذا التفضيل مع أنه يجوز لهذا المشترى باعتباره صاحب حق دائنية رفع دعوى الابطال على الموهوب اليه وطلب ابطال الهبة بلا حاجة الى اثبات التواطؤ كما تقضى بذلك الاحكام المقررة فى دعوى الابطال ؟

قرر الشارع ذلك لان دعوى الابطال لاتقبل الا بعد أن يقوم المدعى بعمل

---

(١) Légataire à titre particulier (٢) à titre onéreux

(٣) Date certaine (٤) Transcrit son titre (٥) Inscrit son droit de préférenc

معين أولا وهو اثبات عوزمدينه أى انهادعوى احتياطية [١] فاذا ثبت يسر البائع فلا يفلح المشترى (الذى أصبح ذا حق دائنية بسيط) فى ابطال العقد . ولكن ينجح المشترى بالمادة ٦١٨ مدنى لمجرد أن عقده ثابت التاريخ وسابقاً على عقد الموهوب له المسجل بعده . — وفوق ذلك فان دعوى الابطال لا تنجح الا اذا كان عقد المدعى سابق التاريخ على العقد المطعون فيه [٢]

٢ — الدائنون : الدائن المرتهن يعتبر فى عداد الغير . وأما الدائن العادى فلا . لان حق الدائن العادى لم يكن منصباً على عقار معين [٣] ولكن أليس هناك خطر محدق به اذا وثق بملكية مدينه لعقار وداينه بناء على هذه الثقة ثم لما أراد التنفيذ على العقار اعترضه مشتر بعقد ثابت التاريخ واحتج به عليه ؟ لذا عالجت بعض الشرائع الحاضرة هذا الخطر وأباحت للدائن العادى حق الاحتجاج على المشترى بعدم تسجيل عقده [٤]

على ان القضاء المصرى لم يشأ الا أن يبدى رأيه أمام الآراء المختلفة القائمة بشأن الدائن العادى فاعتبر هذا الدائن من طبقة الغير وقرر بأن العقد الناقل للملكية والصادر من المدين لا يحتج به على دائنه اذا كان غير مسجل [٥]

---

(١) à titre subsidiaire (٢) كابتان ص ٩٦٢ (٣) ج ع ٣ ص ٦٠٣ ن ٦٢٨٢ و ن ٦٢٨٤ . حتى ولو عمل انذاراً للمشترى وسجله : ج ع ٣ ص ٦٠٣ ن ٦٢٨٣

(٤) القانون البلجيكى الصادر سنة ١٨٥١ والاسبانى (المادة ٦٠٦) والقانون الهولاندى (المواد ٦٣٨ و٦٧٨ و ١٢٧١ و ١٢٧٣) — كابتان ص ٩٦٣ . — بلانيول ج ١ ن ٢٦٢٣ طبعة سنة ١٩٢٠ ص ٨١٦ (٥) وقرر ذلك فى حالتين . الحالة الاولى : من المقرر طبقا للقاعدة العامة التى لا خلاف فيها ان تسجيل حجة الوقف بالمحكمة الشرعية لا يعتبر نافذاً على الدائن المرتهن رهناً رسمياً créancier hypothécaire اذا تقيد الرهن قبل تسجيل حجة الوقف . وأضاف القضاء على ذلك ما يأتى : وكذلك لا يعتبر هذا التسجيل حجة على هذا الدائن فيما تقرر له من الدين فى ذمة الواقف باعتباره (أى الدائن) هذه المرة دائناً عادياً créancier chirographaire : استئناف م ٢٧ مايو سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٩٨ ، ج ع ٣ ص ٦٥٥ ن ٦٨٠١ . والحالة الثانية : بأن البيع الصادر من المدين لا يحتج به على الدائن العادى الا اذا كان مسجلا : استئناف ٢٨ مايو سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٣ ص ٢٦٦ عدد ١٢٨ ، عياشى

(اموال ذهنى — ١٠٦)

٥٨٢ — وهناك أحوال يتحول فيها الدائن العادى الى غير وهى :

١ — اذا حصل الدائن العادى على دينه بأن أخذ عقاراً من مدينه ، أى حصل الوفاء بمقابل[1]

٢ — يبيح القانون الفرنسى لدائنى المتوفى أن يطلبوا فصل التركة عن الأملاك الخاصة بالورثة (المادة ٨٧٨ مدنى فرنسى) حتى يكون لهم حق الافضلية على مال مدينهم دون دائنى الورثة . فاذا فرض وباع وارث عقاراً من التركة ولم يسجل المشترى عقده وسجل دائنو التركة حق امتيازهم فى عقارات المتوفى (المادة ٢١١١ فرنسى) فلا ينفذ عقد المشترى على هؤلاء الدائنين

وأما فى مصر فان القانون لم يرسم شرط العلانية المقرر بالمادة ٢١١١ مدنى فرنسى لدائنى التركة . ولذا اذا اشترى المشترى من الوارث فانا نرى أن عقده ينفذ على دائنى التركة سواء سجل أو لم يسجل . ونقول ذلك أخذا بالقياس مع الرأى الذى أبديناه فيما يتعلق بتعارض المشترين لعقار واحد مملوك للتركة . اشتراه

ص ١٣٠ ن ٥٨٩ ، ح ٢٨ ص ٢١٣ (والدعوى ان دائناً عاديا رفع دعوى نزع ملكية على ورثة مدينه عن عقار مملوك للمتوفى فاعترضه مشتر للعقار من أحد الورثة بعقد غير مسجل فقضى الحكم بعدم نفاذ عقد المشترى من الوارث على الدائن العادى للمتوفى ما دام أن عقد المشترى لم يكن مسجلا) والادلة التى استند اليها هذا الحكم ما يأتى : ١ — ان دائنى الشخص معتبرون ضمن الغير بالمعنى الوارد بالمادة ٢٧٠ مدنى . وعلى ذلك فالبيع الحاصل من مدينهم لا يتمسك به ضدهم الا بعد تسجيله متى كانوا سليمى النية وكانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح : ٢ — ان للدائنين العاديين (ويقول الحكم العرفيين) مصلحة ظاهرة فى عدم اخفاء البيع الحاصل من مدينهم ، وبزوال الاخفاء بالتسجيل الذى يرمى بطبيعته الى العلانية والاشهار : ٣ — ان بعض القوانين الاجنبية كالقانون البلجيكى والهولاندى والاسبانى اعتبر الدائن العادى غيراً عند عدم تسجيل عقد البيع . ولا يمكن ازاء هذه القاعدة الاجنبية الاغضاء عن تبيين قصد الشارع المصرى فى وضعه للمادة ٢٧٠ مدنى لانه لم ينص فيها على الحقوق العينية أو الحقوق المترتبة على العقار بل نص على الحقوق على وجه العموم ، الامر الذى يترتب عليه أن كلمة الحقوق تشمل بلا نزاع كل الحقوق الشخصية : ٤ — ان القانون الفرنسى نص على أن البيع غير المسجل لا يمكن أن يحصل التمسك به ضد الدائنين العاديين الا اذا كان له تاريخ ثابت على الاقل (بلانيول فقرة ٢٦١٧) انظر نقد هذا الحكم فى البيع للهلالى بك ص ٢٨١ ن ٤٥٠ بالهامش

(١) Dation en paiement

أحدهما من المورث ولم يسجل عقده ،واشتراه ثانيهما من الوارث وسجل عقده . اذ يقول رأى بنفاذ العقد المسجل الصادر من الوارث ويقول رأى آخر بعدم نفاذه أخذاً بقاعدة أن لا تركة الا بعد الوفاء بديونها (1)

٣ . — اذا أفلس المدين وجب على وكيل الدائنين تسجيل حكم اشهار الافلاس بقلم كتاب المحكمة الموجودة بها عقارات المفلس (المادة ٢٨٧/٢٩٥ تجارى و٤٩٠ فرنسى) وبهذا التسجيل يصبح الدائنون من طبقة الغير ولهم حق الاحتجاج بعدم تسجيل عقود من تعاقدوا مع المدين تعاقداً عينياً عقارياً (2)

٤ . — وما القول بشأن الدائن العادى الذى سجل تنبيه نزع الملكية فهل يعتبر غيراً هو الآخر ؟ يقرر القانون المختلط بأن تسجيل التنبيه يمنع المدين من التصرف (المادة ٦٠٨ مرافعات مختلط) ويقرر القانون الاهلى بأن يلحق الثمرة بالعقار (المادة ٥٤٥ مرافعات أهلى) ولكننا قلنا بأن الحكم فى الحالتين سواء (3)

٢) *يجب أن يكون عقد المحتج خاضعاً للقانون ومطابقاً لاحكامه* : يعنى أن يكون عقداً من العقود الخاضعة للتسجيل. فالمستأجر لعقار لمدة تزيد عن تسع سنوات يحتج على المشترى اذا سجل هذا المستأجر عقده طبقاً للمادة ٦١٣ مدنى. واذا كانت المدة أقل فله فقط اثبات تاريخه . والموصى اليه لا يحتج بعدم تسجيل عقد التصرف الصادر من الموصى . لان التملك بالوصية تملك بسبب الوفاة وهو غير خاضع للتسجيل

٣) *يجب أن يكون المتنازعان قد ملكا عن شخص واحد* : وهذا هو المستفاد من الاصول العامة للتسجيل اذ أريد به كشف الستار عن الخفاء فى المعاملات العقارية وعلى ذلك :

---

(١) الاثبات جـ ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ (٢) كولين وكابتان ص ٩٦٤ — جرانمولان فى التأمينات ص ٢٥١ ن ٨٧٥ (٣) الاثبات جـ ٢ ص ٣٦٩ — ٤١٥ — كابتان ص ٩٦٤ — ٩٦٥ لانه يستحيل التنبيه على كل حال بتقرير حق لصاحب التنبيه على العقار droit sur l'immeuble س ، ٨٩ ، ١ ، ٦٥ مذكرات دموج ص ٩٤٨

١) اذا اشترى مشتر أول عقاراً من المالك الحقيقى [١] ولم يسجل عقده ثم تبين أن العقار قد اشتراه مشتر ثان بحسن نية من غير المالك الحقيقى [٢] وواضع اليد عليه فهل لهذا المشترى الثانى حق الاحتجاج على المشترى الاول بسبب عدم تسجيل العقد (أى عقد المشترى الاول) ؟ لا يجوز له ذلك لان المشتريين لم يشتريا من شخص واحد [٣]

٢) **الاشكال بين خلفي المشترى** : اشترى المشترى وقبل أن يسجل عقده رهن العقار لدائن . ثم سجل عقد مشتراه ورهنه ثانياً لدائن آخر . فهل يجوز للدائن الثانى حق الاحتجاج على الدائن الاول والادعاء بالافضلية عليه لان رهن الدائن الاول تقرر فى الوقت الذى لم يتسجل فيه عقد الشراء ، أى فى الوقت الذى لم يكن عقد الشراء حجة على الغير ؟ لا يجوز ذلك لان كلا من الدائنين يستمد حقه من المدين العام لهما بصرف النظر عن اشهار عقد الشراء أو عدم اشهاره . وكيف يمكن أن يشكو الدائن الثانى من عدم تسجيل عقد الشراء ؟ فاذا كان يريد الاطمئنان فما كان عليه الا أن يكشف بالسجلات فيرى عقد الرهن الاول سابقاً عليه [٤]

٣) قد يحصل أن الشخص الذى يريد الاستفادة من تستر التصرف وعدم اشهاره هو نفس المالك بالذات . نعم ولو أن الامر غريب ولكنه يقع عملا . ذلك انه اذا فرض وباع زيد عقاراً مملوكا لعمر الى بكر ولم يسجل بكر عقده . وجاء عمر المالك الحقيقى وطلب عقاره بعد مضى خمس سنوات الى بكر . فادعى بكر ملكيته بالتقادم الخمسى بالسبب الصحيح وحسن النية . فهل يجوز لعمر الاحتجاج على بكر بعدم تسجيل عقده (أى عقد بكر ؟) قال بالايجاب بعض أحكام فرنسية لان للمالك الحقيقى حق على عقاره . وعلى ذلك فهو يدخل ضمن طائفة المحتجين بعدم التسجيل . وقالت أحكام فرنسية أخرى بالسلب . وحجتها أن المتنازعين

(١) Verus dominus (٢) Non dominus (٣) كابتان ص ٩٦٧

(٤) كابتان ص ٩٦٧ ج ع ٣ ص ٦٠٥ ن ٦٣٠٣

ليسوا مالكين عن شخص واحد ولان شروط التملك بالتقادم الخمسى متوافرة[١]

٥ — أحكام تكميلية

٥٨٣ — ١ — تقول المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدنى بنقل الملكية العقارية فى البيع بأسبقية التسجيل على شرط حسن النية . ونرى الاخذ بهذه المادة فى جميع الأحوال[٢] أى سواء كان النزاع حاصلا بين مشتريين أو مشتر ومرتهن أو مرتهن وصاحب اختصاص . بحيث لا يفضل صاحب العقد المسجل أولا غيره الا اذا كان حسن النية[٣]، أى أنه غير متواطئ مع المملك له . أما اذا تواطأ فلا يؤخذ بالافضلية بأسبقية التسجيل . على أن هنـاك رأيا يقول بعدم لزوم التواطئ بل يكفى مجرد العلم . ونظن ان الرأى الاول هو الارجح[٤]

٢ — لا يترتب على عدم التأشير بالاحكام الصادرة بالغاء أو فسخ عقد مسجل من قبل زوال الاثر القانونى فى ذاته للحكم . وعلى ذلك يجوز الاحتجاج بهـذه الاحكام ولو أنه غير مؤشر بهـا بسجلات التسجيل على الغـير الذين تعاملوا مع المالك الظاهر وهم يجهلون صدور هذه الاحكام الملغية أو المعدلة[٥] والجزاء هو تغريم الكاتب بغرامة ٥٠٠ جنيه

٣ — هبة العقار لا تنفذ على الغير الا اذا كانت مسجلة . فاذا لم تسجل نفذت على طرفيها لا على الغير . ويدخل فى طائفة الغير الدائنون العاديون للواهب لا ورثة الواهب[٦]

---

(١) كابتان ص ٩٦٨ (٢) ج ع ٣ ص ٦٠٤ ن ٦٢٩٤ (٣) ج ع ٣ ص ٦٠٤ ن ٦٢٩٢

(٤) الاثبـات جـ ٢ ص ٢٩٨ — ٣٢٣ — كابتان ص ٩٦٨ — الهلالى بك ص ٢٧٩ ن ٤٤٧ وما بعدها ، وهو هذا الرأى الذى أقره القضاء الفرنسى أخيراً وذلك أن مالكا باع لاجنبي عن اسرته عقاراً . ولما آخذه أهلوه على اخراج العقار الموروث له من أملاك اسرته سارع الى بيعه لابنه الذى سجل قبل تسجيل المشترى الاول . وقضت دائرة العرائض بمحكمة النقض الباريسية بعدم نفاذ العقد الثانى لحصول غش fraude بين الاب والابن اضراراً بالمشترى الاول : س ، ٩٢٤ ، ١ ، ١٨٢ ومذكرات دموج ص ٩٥٠

(٥) كابتان ص ٩٦٦ — ٩٧٠

(٦) على أن هناك خلافاً بالنسبة للورثة اذ يقول البعض باعتبارهم غيرا . كابتان ص ٩٧١

٤ — « في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الاخير منها » (المادة ٦١٩/٧٤٦ مدنى — راجع رأينا فى تفسير هذه المادة بكتابنا فى الاثبات ص ٣٢٩ — ٣٥٩)

٦ — في نقد نظرية التسجيل

٤٨٤ — يأخذ الناقدون على نظرية التسجيل التى أوجزنا وجوهها هنا ما يأتى :

١) يلاحظ عليها التفكك فى قواعدها وعدم انسجامها

٢) انها لا تقرر اداة واحدة لحماية أصحاب المصالح لانها تحرم جماعة الدائنين العاديين من حق التمسك من عدم التسجيل لانها اعتبرتهم فى غير عداد طائفة الغير على انهم أولى بالرعاية

٣) انها غير كافية اذ أخرجت من قيود التسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة[1] ويلاحظ هنا ما يأتى :

١ — كان يجدر بالشارع اخضاع نقل الملكية بسبب الوفاة الى قيود التسجيل منعاً لما يحتمل أن يقع من المخاطر . ذلك انه يحصل ان دائناً يرتهن عقاراً تملكه الوارث عن مورثه . ثم لا يلبث أن يرى أن المتوفى قد أوصى فى حياته بهـذا العقار للغير فيأتى الموصى اليـه ويطالب بالعقار اضراراً بالدائن لان الرهن صدر من غير مالك[2]

٢ — وفى حالة نقل الملـكية بسبب الوفاة من طريق الارث بلا وصـية سابقة [3] لا يحصل تسجيل نقـل الملـكية . والسبب فى ذلك أنه ليس هناك عقد ناقل للملـكية يصح نقله بسجلات التسجيل لان سبب التمليك هو القانون بالذات أو القرابة [4] وفى ذلك تقول المادة ٦١٠/٧٣٦ مدنى ما يأتى :«ملـكية

(١) Mutation à cause de mort (٢) A non domino

(٣) أى فى حالة Mutation par succession ab intestat (٤) كابتان ص ٩٧٣ . جرانمولان فى التأمينات ص ٢٤٢ — ٢٤٣ ن ٨٥٢

العقار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت آيلة بالارث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة ». وربما كان يجدر فى هذه الحالة بالوارث أن يعمل فى الحصول على شهادة بالوراثة ، أى على اعلام شرعى مثلا ثم يجرى تسجيله . وقد عمل الشارع المصرى على التخفيف من وطأة هذه القاعدة بوضعه المادة ٦١٧/ ٧٤٤ الخاصة بالموهوب اليه والموصى اليه فى أنه لا يجوز لهما الاحتجاج بعقدهما المسجل ضد من تلقى بمقابل حقاً عينياً من الموهب أو الموصى بعقد ثابت التاريخ .

ولقد عالج القضاء الفرنسى هذا النقص الحاصل بشأن عدم تسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة اذ قرر بان تصرفات الوارث الظاهر [١] صحيحة . ويراد بالوارث الظاهر من يضع يده على التركة بعضا أو كلا ويظهر أمام الناس باعتباره الوارث فيتصرف فيما ورثه ويتعامل الناس معه بحسن نية وعلى هذا الاعتبار . ثم يأتى بعد زمن الوارث الحقيقى فيدعى ملكيته لما حصل التصرف فيه فلا يقبل القضاء الحكم له لما فيه من النتائج الضارة بالحسنى النية اذ لا يؤخذ عليهم تقصير ما . ومن ذلك تقررت هذه القاعدة الشهيرة فى أن للغلط الشائع حكما يحكى حكم القانون [٢] وربما كان المسوغ لها فى الوقت الحاضر هو المادة ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى باعتبار أن الوارث الحقيقى مخطىء أو مقصر وأنه يجب عليه اصلاح الضرر الذى أحدثه . وأضمن الوسائل لهذا الاصلاح هو ترك الحال على ما هى عليه ، أى حرمانه من استرداد ما يستحقه بالارث نظير خطأه . ويحكى هذا المسوغ الثانى نفس المسوغ الذى رجع اليه فى القرن الثامن عشر عند ما تقررت قاعدة حيازة المنقول سند تملكه [٣]

٤) ويلاحظ الناقدون على نظرية التسجيل أيضا أنها أرادت بالتسجيل اعلان صحة العقد بالنسبة للغير . وأما العقد بين العاقدين فصحيح تسجل أو لم

(١) Héritier apparent (٢) Error communis facit jus

(٣) كابتان ص ٩٧٤ والحاشية ١ — والحاشية ١ من صفحة ٩٧٢ — الالتزامات ص ١٦٩ ن ١٨٠

يتسجل . ولاحظ الناقدون على ذلك أن القانون بينما يقرر الاطلاق فى الملكية اذ هو يقيدها بالتسجيل فكانه يقول بالاطلاق والقيد معاً . وهذا تناقض فى تقرير الاحكام القانونية

وقد أراد واضعو التسجيل من التسجيل تثبيت الملكية العقارية وتركيزها على أساس ثابت . ولكن يقول البعض يظهر أن الرغبة لم تتحقق لان التسجيل أختيارى . واذا حصل فانه لا يدل مع ذلك على صحة نقل الملكية بالذات[1] فاذا كان العقد معيبا أو مشوباً بما يهدده بالبطلان والالغاء والفسخ فلا ينفعه التسجيل ولا يرفع عنه هذه الشوائب . وربما كان ادل الادلة على عدم تحقق رغبة واضعى التسجيل كثرة القضايا فى انواع النزاع المختلفة بشأن نقل الحقوق العينية العقارية

٧ — فى بعض المناهج الاجنبية فى نقل الملكية

٥٨٥ — تجرى التشريعات الاجنبية فى الوقت الحاضر على خلاف الطريقة المتبعة فى التسجيل . اذ تعمل على جعل العقد الناقل للملكية ضامنا ضمانا محققاً بالذات فى نقل الملكية ، وتجرى فى هذا الطريق على ما كان الامر معروفا به عند الرومان عند ما كان يحصل التعاقد على نقل الملكية امام القاضى [٢] من طريق التنازع الصورى . وبهذا يأمن المشترى مفاجأة الغير له فيما بعد بالطعن فى العقد . وهناك طريقتان اتبعتا فى هذا الشأن . طريقة القانون الالمانى وهى طريقة السجلات العقارية [٣] التى أقرها القانون الالمانى المنشور سنة ١٩٠٠ (وكانت موجودة من قبل أى من سنة ١٨٧٢) وطريقة تورنس [٤] المأخوذ بها باستراليا ، ومع بعض التعديل بتونس بقانون سنة ١٨٨٥ ، وببعض المستعمرات الفرنسية

١) الطريقة الالمانية : قررها القانون الالمانى (المواد ٨٧٣—٩٠٢ مدنى)

Torrens (٤) Régistres fonciers (٣) Cessio in jure (٢) validité (١)

ويوجد بكل مديرية سجل عقارى [١] ويجب أن تسجل به جميع العقود الخاصة بنقل الحقوق العقارية [٢] والخاصة بأنواع اجزاء الملكية [٣] فاذا تسجل العقد اصبح فى مأمن عن المطاعن التى تهدده فى وجوده

ومن أهم أشكال التفرقة بين التسجيل الالمانى هذا والتسجيل المصرى المأخوذ عن التسجيل الفرنسى ما يأتى :

١ — ان امين الرهونات [٤] او حافظ السجل بمصر يلعب فى عملية التسجيل دوراً سلبياً بحتاً . ذلك ان مهمته تقتصر على مجرد التسجيل اوالقيد ، او بعبارة اخرى على نقل الوثيقة المقدمة له نقلا . واما فى المانيا فان حافظ السجل [٥] لا يأمر بالتسجيل الذى يترتب عليه نقل الحق العينى العقارى [٦] الا بعد ان يتأكد من صحة [٧] العقد الخاص بتقرير الحق العينى العقارى [٨] ولذا اذا تبين لقاضى السجل هذا [٩] ان العقد المطلوب تسجيله لم يصدر حقيقة من المالك الحقيقى [١٠] فانه لا يسجل بل يرفض التسجيل وبهذه الوسيلة يصبح أمر نقل الحقوق العينية العقارية فى مأمن من الطعون العديدة وتصبح الملكية وقد توطدت دعائمها ورسخت بحيث لا تقبل الطعن من الطاعنين ولذا اصبحت دعوى تثبيت الملكية ودعوى التملك بالتقادم فى القانون الالمانى ذات اثر ضعيف ان لم يكن قد زالتا بالمرة [١١]

ويعيبون على هذه الطريقة الألمانية فى موضعين : أولا . أن فى جعل التسجيل شرطاً لنقل الملكية أمراً يستفاد منه تعويد الافراد على أن نقل الملكية هو منحة

---

(١) Grundbuch أو Régistre foncier (٢) Mutations immobilières
(٣) Démembrements de la propriété
(٤) Conservateur des hypothèques (٥) Grundbuchrichter
(٦) Immatriculation (٧) Validité (٨) Mutation
(٩) Juge du régistre (١٠) Verus dominus (١١) وفيما يتعلق بنقل الملكية بسويسرا أنظر المواد ٩٤٢ — ٩٧٧ مدنى ، وبنقل الملكية بانكلترا انظر كتاب Lavergne سنة ٩٠٥ — كابتان ج ١ ص ٩٧٥ الحاشية ١ — مذكرات دموج ص ٣٩٠

واسقاط من جانب الحكومة . ثانياً . ان من المحتمل وقوع أغلاط فى تقرير القاضى لنقل الملكية بالتسيجل ، لان هذا النظام لم يخرج عن كونه نظاماً من النظم التى لايمكن معها الجزم مطلقا بعدم حصول خطأ . وعلى ذلك اذا صدر قرار القاضى بالتسجيل وكان مخطئاً نفذ قراره وفاز الغاصب وذهب المالك الحقيقى ضحية هذا الخطأ . ولكن ربما تعالج هذه الحال نادرة الوقوع بدفع تعويض الى الشخص المضار . ويؤخذ التعويض من مبلغ يخصص لهذا الغرض يسمى مبلغ الضمان [١] ويعتبر بمثابة « خزينة تأمين تبادلى ضد مخاطر الغلط [٢] » ويجوز امداده وتغذيته برسوم تكميلية تضاف على رسوم التسجيل

٢ . — وللطريقة الالمانية ميزة أخرى على الطريقة المصرية . ذلك اننا رأينا أن طريقة التسجيل عندنا وبفرنسا لا تحمى المشترين ، الذين تعاملوا بوجه عام تعاملا عينياً عقارياً مع المالك الاصلى ، من المالك الاصلى ضد خطر شروط الفسخ ذات الاثر الرجعى وهى الشروط التى تعيب عقد المملك لهم (وقد لاحظنا أن القانون المختلط يحمى الدائنين المرتهنين رهنا رسميا فى بعض الاحوال)

وأما الطريقة الالمانية فانه يجب على من يريد التمسك بالشرط الخاص بالفسخ أو طلب الحكم له بشرط الفسخ ، اشهار رغبته هذه والاعلان عنها بواسطة التأشير بالسجلات [٣] وبذا يتمكن الغير من معرفة مايحيط العقار الذى يتعاقدون من أجله مع المالك له على مبلغ ما يحف به من المخاوف والمخاطر المحتملة [٤]

٣ . — وتختلف طريقة التسجيل الالمانى عن التسجيل المصرى من الوجهة المادية فى أن التسجيل عندنا يرجع الى أسماء العاقدين . والسجلات موضوعة بكيفية ترجع للاسماء . بمعنى أنه لاجل الوقوف على تاريخ العقار محل العقد المطلوب تسجيله فانه يجب على ذلك معرفة جميع أسماء المالكين السابقين لمدة لا تقل عن ١٥

(١) Fonds de garantie contre le risque

(٢) Caisse d'assurance mutuelle

(٣) Prénotation

(٤) كابتان ص ٩٧٦

سنة للوراء مع أخذ الحيطة فى عدم الوقوع فى غلط يتعلق بهــذه الاسماء [١].

وأما التسجيل فى المانيا فهو تسجيل عينى أى ان طريقة العلانيــة ترجع للعــين بالذات لا للاسماء [٢] بمعنى ان السجلات العقارية موضوعة بحيث يمكن الرجوع لا للاشخاص بل لقطع الاراضى بالذات . ولــكل قطعة من الارض بيان يرجع لمصلحة فك الزمام [٣] ولها صفحة خاصة بها [٤] تتبين ما تتحمله من آن لآن من الحقوق العينية العقارية على اختلاف أنواعها سواء كان الحق خاصاً بنقل الملكية كاملة أو بنقل جزء منها

٢) **طريقة تورينــس** [٥] : أما طريقة تورينس هذه فهى تختلف فى الحقيقة

---

(١) وجرت العادة بفرنسا أن جماعة الموثقين يحتفظون عندهم بملفات خاصة بالاسرات بحيث يوجد لــكل اسرة ملف نتبين به درجات القرابة والنسب

(٢) Publicité réelle (٣) Parcelle cadatrsle (٤) Feuillet

(٥) Torrens (وهو السير روبير تورنس اذ لاحظ وهو باستراليــا البلد الاستعمارى لانكلترا عنــد ما كان محافظا بهــا gouverneur أن أراضى كثيرة كانت تمنح الحــكومة للاهالى colon ، وكانت تقيد بدفاترها اسماء من تمنحهم . فاذا تنازع الاهالى فى قطعة من هذه القطع سهل على الحــكومة الامر فى معرفة من هو المالك لها من طريق المنحة الحــكومية فتقضى له بها . وأما اذا كان التنازع حاصلا بشأن قطعة أخرى غير قطع المنح الحــكومية فان أمر معرفة المالك الحقيقى يصبح دقيقــاً . لذا فكر السير روبير تورنس فى أن يجعل جميع الاراضى المملوكة للافراد بحالة تشبه حالة الاراضى الممنوحة ، أى فكر فى البحث عن طريقة يمكنها معرفة حقيقة المالك الاصلى وهى تلك الطريقة فى ان السلطة الادارية تتولى تحقيق الملــكية ولمن هى ثم تقضى له بها (مذكرات دموج ص ٩٢٨) ويظهر أيضاً أن السير تورينس قد كان مدفوعا الى ابتــكار طريقة السجلات العقــارية بعوامل ا كتسبها لما كان مراقباً بمصلحة الجمارك باوستراليا ثم تعين بعد ذلك أمين العقود بها conservatear des actes وذلك أنه كان يلاحظ أن الامر سهل فى معرفة ملاك السفن التى كانت تغــدو وتروح جيئة وذهابا اذ كانت تقيد أسماء ملاكها عينا التسجيل port d'enregistrement بسجل معد لذلك. فاذا أريد التصرف فى السفينة وجب الاطلاع على هذا السجل لمعرفة المالك الحقيقى لها ولا ينفذ التصرف من الوجهة القانونية الا بعد أخذ قبول قلم التسجيل bureau d'enregistrement وقيده بالسجل . لما لاحظ ذلك تورنيس فكر بعدئذ فى نقل هذه القاعدة الى حالة التصرف فى الاراضى بان يستبدل مينا التسجيل ببلد أو قرية تكون مركزاً للتسجيل : أنظر الوثيقة الثالثة document نمرة ٥ / ٨ ص ٤ — ٥ من مجموعة تقارير لجنة السجلات العقارية عن سنة ١٩١٧ — ١٩٢١ Rapports de la commission des Livres Fonciers, 1917 — 1921.

عن الطريقة الالمانية كما قررها القانون المسمى بقانون تورينس[١] ونشر باستراليا سنة ١٨٥٨ وعمل به هناك . وترجع هذه الطريقة الى اعتبار نقل الملكية والحقوق العينية العقارية مظهراً من مظاهر المنحة من جانب السلطة العامة[٢]. ولكن التسجيل فى ذاته أمر اختيارى . فاذا طلب المالك التسجيل تولت الادارة درس أوراقه ووثائقه . وبعد ذلك تعمل هذه الادارة[٣] على اخبار الغير من طريق الاشهار والعلانية والتنبيه عليهم[٤] بأن من يدعى حقاً على العقار يجب عليه أن يبين وجه هذا الحق . وعلى حسب هذه الطريقة يوجد هناك صحيفتان[٥] لأجل وصف العقار وبيان حالته وتعيين أنواع التكاليف[٦] العقارية المحمل بها . وتعتبر احدى هاتين الصحيفتين بمثابة سجل عام[٧] وتسلم الصحيفة الاخرى[٨] الى المالك ومن شأن هذا التسجيل أن يجعل الملكية كما فى ألمانيا فى مأمن من المطاعن بحيث يطمئن المالك مما يدعيه الغير من حق عينى على العقار قبل التسجيل . واذا أراد هذا المالك أن يقرر حقاً عينياً جديداً على العقار فانه يتفق مع من يتعاقد معه على كتابة الامكنة المعدة للكتابة فى صحيفة مطبوعة معدة لهذا الغرض[٩] ويبعث بها بعد كتابتها الى الادارة . وترد الادارة له هذه الصحيفة المطبوعة بعد ان تبين بها ما يشير الى تقرير هذا الحق العينى العقارى الجديد . وكذلك الحال فيما يتعلق بنقل الملكية فانه يتبع فيها نفس هذه الطريقة . أى ان الادارة فى هذه الحالة الاخيرة تلغى الصحيفة القديمة وهى التى كان يملك بمقتضاها البائع ثم تحلها بصحيفة أخرى تسلمها الى المالك الجديد

وتسفر طريقة تورينس كما تسفر الطريقة الالمانية عن قطع خط الرجعة على المنازعات التى تقوم بشأن ملكية العقار أو الادعاء بحقوق عينية عليه ، بمجرد حصول التسجيل ولكن يظهر ان طريقة تورينس ربما تفسح المجال لدى وسائل

---

(١) Act torrens (٢) Investiture publique (٣) Administration

(٤) Mise en demeure (٥) Feuillets (٦) Charges

(٧) Régistre public (٨) Exemplaire (٩) Formule

الغش والمباغتة . وربما لا تصح الا فى بلاد شابة وحديثة . ولذا لوحظ أنه فشل الاخذ بها ببلاد ارلندا عند ما أريد العمل بها هناك . ويظهر انها لم تنجح تمام النجاح بتونس برغم ادخال بعض التعديل عليهـا بالقانون الفرنسى الصادر سنة ١٨٨٥ حيث قل عدد العقود المطلوب تسجيلها قلة ظاهرة[1]

هذا وقد حاولت فرنسا بواسطة بعض رجالها الاخصائيين ادخال نظام السجلات العقارية وجعل التسجيل اجباريا ومن طريق الالزام . وكونت لجنة هناك لهذا الغرض سنة ١٨٩١ ولكنها لم تصل الى تحقيق الغرض المرجو . وربما كان السبب فى ذلك ان من شأن ادخال السجلات العقارية ضرورة تعديل فك زمام الاراضى وهذا يدعو لمصاريف جمة ووقت طويل . وربمـا كان التعديل واجباً من وقت لآخر نظراً لمـا يطرأ على قطعة الارض الواحدة من التغييرات العديدة للأيدى المختلفة نظراً لنظام الميراث وانتقال الملكية بالارث . وربما نشأ عن تعدد التعديلات اضطراب فى تقرير العلانية تقريراً ثابتاً[2]

---

(١) كابتان ص ٩٧٧ . وعلى الاخص الحاشية ١ وما كتبه شارل جيد بمجلة جمعيـة التشريع المقارن سنة ١٨٨٦ ص ٢٨٨

(٢) وفيما يتعلق بتطور فكرة نظام الدفاتر العقارية أنظر مقالا كتبه موسيو ديرو Dereux بمجلة Revue trimestrille de droit civil سنة ٩٢٥ ص ٢٨٢ — ٢٩٩ اذ بين به صاحبه الادوار التاريخية التى مرت على هذه الفكرة وأشار فيه الى القانون المصرى الاخير الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ (ص ٢٨٤ والهامش ١ وتكميله بالصفحة ٢٨٥) والى القانون المعمول به الآن ببلاد الالزاس واللورين والى القواعد الاربعة الخاصة بالسجلات العقارية (ص ٢٨٩ — ٢٩٦) والى احداها القـائلة بان كل عقد لم يقيد بالسجل العقارى يعتبر كأنه لم يكن بالنسبة للمتعاقدين (ص ٢٨٩) وقال بان هذه القاعدة تخالف القاعدة العامة المقررة بالقـانون الفرنسى وأنها هى القاعدة المأخوذ بها الآن فى البلاد التى أدخلت عندها نظام السجلات العقارية . ويقول أنصارها بان الغرض منها تحقيق فكرة تسجيل انتقال الملكية بحكم القانون Automatiqnement والقضاء على الفكرة القائلة بوجود ملكيتين عن شىء واحد Dedtoublement de la propriété وهى الفكرة الناشئة عن أن المشترى يعتبر مالـكا قبل البائع ولا يعتبر مشتريا قبل الغير عند عدم تسجيل العقد (ص ٢٩٠) وقد لاحظ صاحب المقال أن لا صحة لملاحظة أنصـار نظام السجلات العقارية وأنه لا صحة لما قاله أنصاره فى أنه يترتب على الاخذ بالقاعدة اضطراب فى المـعاملات بل على العكس فان من شأن نظام السجلات العقارية ايقاف الاضطراب فى مجال المعاملات بين الافراد. ولاحظ أن الناس اعتادوا وهم تحت نظام السجلات العقارية على أن يشترطوا فى العقود شرطا يقضى

أما وقد انتهينا من القسم الاول الخاص بالتسجيل بمصر قبل يناير سنة ٩٢٤ فاننا نأخذ الان فى بيان أحوال هذا القانون الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقمى ١٨ و ١٩ وهو موضوع القسم الثانى

بين الطرفين فقط inter partes بان المسقط cédant قد أسقط قبل التسجيل جميع الحقوق المترتبة على حق الملكية . وقرر صاحب المقال بان النفسية الشائعة فى فرنسا عند المشترين للعقارات والذين لم يسجلوا عقودهم انهم يطمئنون الى أنه لا يوجد افراد من طبقة الغير يناوئونهم فى حقوقهم ، وقال بان القانون الالمانى نفسه الذى قرر ضرورة نقل الحقوق العينية بالتسجيل لم يحظر من طريق آخر على المالك الاصلى فى أن يتخلى بطريقة شخصية à titre personnel عن حقوقه المقررة له على العقار قبل التسجيل بالسجل العقارى (ص ٢٩٣ . وهذا أشار صاحب المقال الى نص المادة الاولى من قانون التسجيل المصرى وما قررته عبارتها قبل الاخيرة من أنه « لا يكون للعقود غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين » ص ٢٩٣ الهامش ١) وقال صاحب المقال بشأن القاعدة الرابعة الخاصة بالسجل العقارى أنها تقول « بان الحق المقيد بالسجل العقارى يعتبر موجوداً قانوناً فى نظر الغير » وأن هذه القاعدة مستفادة من المادة ٨٩٢ مدنى ألمانى . وان القضاء يفسر هذه المادة بان القيد بالسجل يعتبر فى مصلحة الغير لا ضد الغير وأنه يجب على الغير الذى يستفيد من القيد بالسجل أن يكون حسن النية وأنه يجوز اثبات النية بجميع أوجه الاثبات(ص ٢٩٤) ويلاحظ صاحب المقال أن القيد بالسجل العقارى تصبح بناء على ذلك من الضعف بحيث لا ينتج النتائج المرجوة منه . ويجوز حينئذ طلب الغاء القيد اذا عمل اضراراً بالدائنين (ص ٢٩٥) وقال بشأن القاعدة الرابعة القائلة بأنه يترتب على القيد تقرير الحق بالنسبة للعاقدين أنها لا تحول دون اثبات الغلط أو الغش الحاصل بشأن العقد المسجل أو اثبات أى عيب من العيوب المفسدة للعقد (ص ٢٩٥) ويلاحظ صاحب المقال أن ذلك هو الدافع فى نظام التسجيل الحاضر . ثم قرر بان الفكرة القائلة بتقرير قوة اثبات مطلقة للسجل العقارى لم تصبح الان قاعدة أساسية لنظام السجل العقارى (٢٩٦) وقال بانه يترتب على الاخذ بقوة الاثبات المطلقة للعقد ضرورة تقرير قواعد خاصة ودقيقة تتعلق بتجديد التاريخ cadastre من وقت لآخر وتتعلق بضرورة فحص حجة كل قيد على حدة légalité d'inscription ودرس كل عقد وما اكتنفه من ظروف معينة . وأنه يترتب على ذلك تشاد مستمر بين جماعة محررى العقود وهم فى الغالب الموثقون وبين قاضى السجل juge du livre foncier مما ينجم عنه تراخ فى سير المعاملات بين الافراد وأنه بينما يكون من السهولة بمكان تسجيل العقد بالسجلات العامة الخاصة بالرهونات وغيرها كما هو المتبع الان ، فانه يكون من الامور الصعبة والقاسية تسجيل العقد بالسجل العقارى (ص٢٩٨) وقرر صاحب المقال فى خلاصة قوله بانه ما دام قد تبين أنه ليست هناك أهمية كبرى لقوة اثبات السجل العقارى ، فقد يكون من المستحسن حذف القيد بالسجل العقارى ، والاكتفاء بقاعدة التسجيل العادى مع عدم تسجيل العقد ظاهر العيب Acte manifestement informe . اه

التعاقد وتقرير الحقوق العينية العقارية

فى أول يناير سنة ١٩٢٤

١) التمهيدات التحضيرية والتشريعية

لقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣

٥٨٦ — نعلم أن التسجيل بمصر على ثلاثة أنواع : تسجيل أهلى وشرعى ومختلط . وأوقف العمل بالتسجيل الاهلى فيما يتعلق بالعقود والاحكام الصادرة فى الدعاوى . ولكنه قائم فيما عدا ذلك وفى دعوى الشفعة . والتسجيل المختلط قائم فى جميع الانواع ويرجع اليه المصريون والاجانب . أما الاجانب فلأن التشريع المختلط لهم وللمصريين معاً . وأما المصريون فانهم لما رأوا أن الحكومة لم تعمل على تنفيذ المواد ٦٢٢ وما بعدها مدنى والمادة ٤٧ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية ولوا وجوههم شطر المحاكم المختلطة وأخذوا يسجلون عقودهم بها سواء كانت العقود حاصلة فيما بينهم أو فيما بينهم والاجانب . وأما التسجيل الشرعى فهو خاص بالوقفيات ، اذ يعتبر تسجيلها هذا الشرعى حجة على المصريين والاجانب معاً ، ويجوز للمصريين تسجيل عقودهم بالمحاكم الشرعية . ولكن يمتنع هذه المحاكم عن تسجيل العقود التى ترى فيها تنافراً مع الاصول الشرعية كعقود القرض والرهن بفوائد

ومن ذلك يتبين أن جهات التسجيل بمصر ثلاث . فاذا أراد صاحب شأن أن يتأكد من صحة تعاقد ، أو من صحة اجراءاته اذا أراد القيام بنزع ملكية مدينه (أهلياً) أو توقيع الحجز العقارى عليه (مختلطاً) أو توقيع اختصاص على عقار مدينه وجب عليه البحث فى سجلات هذه الجهات الثلاث حتى يتأكد من صحة ما يجريه . فاذا أهمل البحث فى جهة من الجهات كأن أهمل البحث فى

سجلات المحاكم الشرعية فيما يتعلق بتسجيل الوقفية ، تحمل نتائج هذا الاهمال عما يهدد عمله من المخاطر التى لا مفر منها فيما اذا اشترى أو ارتهن عقارا تبين فيما بعد أنه موقوف

ولما دخلت مصر فى دور النمو الاقتصادى وأخذت بشطر فى الحركة الاقتصادية العالمية ونزح اليها الاجانب بأموالهم ومصارفهم المالية شعر الشارع من زمن بعيد يرجع عهده الى سنة ١٨٨٠ الى حاجة ضرورة تعديل نظام التسجيل بمصر تعديلا يشمل توحيد جهات التسجيل أولا ، وتنظيم التسجيل فى ذاته ثانياً. وكان فى الاخذ بطريقة تورينس فى التسجيل والطريقة الالمانية وتطبيق البعض منها بتونس أثر ظاهر عند الشارع المصرى . فلم تمر عليه هذه الطرق المختلفة فى التسجيل دون أن يرقبها عن بعد . ولذا فكرت الحكومة المصرية فى تعديل التسجيل بمصر وانشائه انشاء جديداً طبقاً للمبادىء الحديثة المقررة بطريقة تورينس والطريقة الالمانية . وعرضت الحكومة المصرية فعلا مشروعين خاصين بهذا الشأن على اللجنة الدولية المخصصة لفحص المشاريع القانونية التى تصبح قوانين يعمل بها بالمحاكم المختلطة لتطبيقها على المصريين والاجانب ، وذلك قبل تعديل المادة ١٢ مدنى الحاصل بقانون رقم ١٧ سنة ٩١٢ وهو التعديل الذى أباح للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة الموافقة على المشروعات القانونية لتكون قانوناً مختلطاً نافذاً بالمحكمة المختلطة باعتبارها دستور هذه المحاكم. وكان أحد المشروعين متعلقاً بتوحيد أقلام التسجيل . والمشروع الآخر متعلقاً « بادخال طريقة لقيد العقود حسب المقرر فى طريقة تورينس السابقة الذكر وفى القوانين المتبعة فى ألمانيا وتونس وبلاد أخر » . [1] أى ان هناك مشروعين مشروع توحيد التسجيل[2] ومشروع السجلات العقارية [3]

---

(١) تقرير المستشار القضائى النسخة العربية سنة ٩٠٣ ص ٢٣

(٢) Unification du système de publicité (٣) Livres Fonciers

١ — المشروع الاول : مشروع توحيد التسجيل

٥٨٧ — أريد به رفع ما يقع من الاضطراب والفوضى فى البحث وتعدد مواطن البحث . وورد به تقسيم القطر الى عدة أقسام تتصل بقلم تسجيل واحد . ولا تسجل الا العقود الرسمية . وقالت بهذا القيد اللجنة الدولية ووافقت عليه الحكومة . والغرض منه دعوة العاقدين الى الاستعانة بموظف اخصائى (الموثق) لتحرير عقد مكفول الضمانات الحامية له بما يحكى ما كان متبعاً بمصر من قبل فى تحرير العقود الرسمية بطريقة الزامية بالمحاكم الشرعية عن الاطيان الخراجية [1] وفى ذلك أيضاً قضاء على جرائم التزوير التى يكثر وقوعها بالعقود العرفية مع شيوع التوقيع بالاختام ، وعلى الاخص اذا كان الشارع لم يشترط فى الازمان الماضية ضرورة المصادقة على الامضاء من موظف حكومى والتحرير من طريق التوثيق يرفع ما يغمض فهمه أحياناً من عبارات مبهمة تكمن فى سطور العقد .

ولقد تساءلت اللجنة الدولية فى ماهية العقود الرسمية الخاضعة وحدها للتسجيل وهل تدخل فيها العقود المحررة بمعرفة القناصل بمصر عن عقارات مصرية ، والعقود المحررة خارج مصر عن عقارات مصرية ؟

فعن الاول فان القضاء القنصلى غير مختص بالفصل بين خصمين من رعويته فى الدعاوى العينية العقارية لان ذلك من اختصاص القضاء المختلط (المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة) ولكن لما كان القضاء القنصلى مختصاً بتحرير الاوراق المتعلقة بالاحوال الشخصية فقد يحصل ان مثل هذه الاوراق تتعلق بالعقارات (كعقد الزواج الذى يحرر لمناسبة تحرير وثيقة الزواج) فقد وافقت اللجنة على جعل تحرير مثل هذه العقود من اختصاص موظف مصرى ينصب لهذا الغرض

وأما عن الثانية فيما يتعلق بالعقود المحررة خارج مصر عن عقارات مصرية

(١) تقرير المستشار القضائى عن سنة ٩٠٤ النسخة العربية ص ٥٣ — جرانمولان ص ٢٧٤ ن ٩٣٦ .

فانه لا بد من مراعاة المادة ٦٨١ مدنى مختلط اذا كان العقد رهنا رسمياً اذ لا بد من تحرير العقد بمصر. وأما بالنسبة للعقود الاخرى كالبيع والايجار والبدل مثلا فانه تقرر جواز تسجيلها اذا حررت فى الخارج بشروط مخصوصة ، ولم يؤخذ بقاعدة سريان القوانين العقارية داخل المملكة ، نظراً للحالة الغالبة بمصر

وأباح المشروع ضرورة خضوع الوقفية للتسجيل. وجعل لغة التحرير العربية والفرنسية والايطالية وأجيزت اللغة الانكليزية

٥٨٨ — كيفية التسجيل : كانت الملكية تثبت قبل الغير والعاقدين قبل انشاء المحاكم المختلطة بالحجج الصادرة من المحاكم الشرعية. ثم قرر التشريع المختلط نظرية التسجيل أخذاً عن القانون الفرنسى. وكان كل من المحاكم الشرعية والمختلطة قائماً معاً بعملية التسجيل . أى ان التسجيل كان ثنائياً . ولكن اختص المختلط بالرهن الرسمى لان الشريعة الإسلامية لا تعرفه[1]. ولما أنشئت المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ أصبح التسجيل ثلاثياً . ولكن تعطلت المواد ٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية و٦٢٢ مدنى أهلى الخاصة بالتسجيل كما تعطل تنفيذ المادتين ٣١ و٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بشأن تبادل العقود المسجلة بين المحاكم المختلطة والشرعية[2] ويجرى القضاء المختلط فى أخذه بالمادتين ٣١ و٣٢ المذكورتين الى اعتبار العقود الحاصلة بين المصريين والمسجلة بالمحاكم الشرعية نافذة على الاجانب ولو لم يطلب أحد الطرفين تسجيلها بالمحاكم المختلطة ، ما دام أن الشارع نفسه قرر تبادل التسجيل الشرعى والمختلط . فاذا باع مصرى لمصرى عقاراً وتسجل العقد بالمحكمة الشرعية ثم رهن البائع العقار لاجنبى نفذ البيع المسجل على الرهن وليس للدائن الاجنبى الاحتجاج بعدم تسجيل عقد البيع بالمحاكم المختلطة [1] . وقاعدة التبادل المقررة بالمادتين ٣١ و٣٢ المذكورتين خاصة بالعاقدين المصريين . أما اذا كان

---

(١) جرانمولان فى التأمينات س ٢٥٩ ن ٨٩٤ (٢) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٦٠ ن ٨٩ (١) استئناف م ٢٧ مارس سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٣١٧

أحد العاقدين أجنبياً فلا ينفذ تسجيل العقد بالمحكمة الشرعية على الاجنبى بل لا بد لنفاذه عليه من تسجيله بالمحاكم المختلطة[١]. على أن القضاء المختلط لم يستقر على حالة واحدة بشأن تقرير القاعدة التى رتبها على المادتين ٣١ و٣٢ المذكورتين اذ قضى بعدم اعتبار تبادل التسجيل الشرعى والمختلط وسيلة من وسائل الاشهار والعلانية وقرر بناء على ذلك عدم جواز الاحتجاج بالتسجيل الشرعى على الاجنبى[٢]

٢ — ويلاحظ أيضاً بشأن التبادل فى التسجيل أن هناك تبادلا بين المحاكم الاهلية والمختلطة فيما يتعلق بتسجيل انذار الشفعة أخذاً بالمادة ١٤ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٧ مارس سنة ٩٠١ أهلى. ويجب هنا الاخذ بصحة التبادل[٣]. وأما التسجيل الحاصل بالمحاكم الاهلية والذى لم يشترط فيه الشارع الاخبار والتبادل فلا ينفذ على الاجنبى طالما انه لم يحصل تسجيل به بالمحاكم المختلطة[٤]

ومن ذلك الحين فكرت الحكومة المصرية فى ضرورة توحيد التسجيل. وكانت تعترض فكرة التوحيد هذه أمر الرقابة على الاقلام الموحدة فيما اذا كان من اللازم أن تكون أهلية أو دولية. ويظهر ان الفكرة اتجهت الى جعل الرقابة مصلحة ادارية محضة مستقلة عن المحاكم الشرعية والاهلية والمختلطة. ولكن رضيت اللجنة الدولية الفرعية سنة ٩٠٣ بمشروع آخر وهو فصل الاقلام الجديدة عن المحاكم وجعلها مصلحة أميرية تابعة لوزارة الحقانية وأن يكون للمحاكم المختلطة رأى فى تعيين المدير العمومى أى رئيس المصلحة[٥]

ومع تعدد أقلام الاقسام بأنحاء القطر المصرى فقد عقدت النية على انشاء قلم عمومى بالقاهرة[٦] تحصر فيه صور كل العقود المسجلة فى الاقلام الموجودة بالاقاليم. والغرض من الصور اتقاء أخطار الضياع بالسرقة أو الحريق[٧]

---

(١) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٦٣ ن ٨٩٧ (٢) جرانمولان ص ٢٦٢ ن ٨٩٧
(٣) جرانمولان ص ٢٦٣ ن ٨٩٨ (٤) جراندولان النبذة السابقة (٥) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٥٦ (٦) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٧٠ ن ٩١٨
(٧) وكان العمل يجرى على حفظ صور جميع العقود المسجلة بالمحاكم المختلطة الثلاثة فى محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية (تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٥٦)

٥٨٩ — ومن ذا يكون الموظف المكلف بالتوثيق ؟ رأى المشروع أن يعهد بالتحرير الرسمي الى من يأتي :

١) أمناء السجلات ومساعدو الامناء فى الاقلام الجديدة

٢) أقلام كتاب المحاكم المختلطة

٣) أقلام الكتاب فى المحاكم الاهلية

٤) المحاكم الشرعية

٥) من ترى الحكومة تعيينهم فيما بعد لهذا الغرض

ولما كان من شأن القانون أن يؤثر على العقود العرفية الموجودة من قبل العمل به فقد قرر المشروع جواز تسجيلها بعد صدوره فى ظرف ستة شهور من تاريخ صدور القانون بشرط أن يكون تاريخها سابقاً على تاريخ صدور القانون[١]

ولما كان المشروع بشطريه دقيقا رأت اللجنة الفرعية ضرورة تعيين لجنة لفحص أحكامه[٢] ثم صادقت اللجنة الفرعية على المشروع بعد التعديل . ولكن تعطل المضى فيه نظراً للاعتراضات التى توجهت اليه من مندوبى الدول الاجنبية[٣] وأخيراً أقره القومسيون الدولى ولم يبق عليه الا تصديق الدول ذات الامتيازات الاجنبية بمصر[٤]

٥٩٠ — وورد نص هذا المشروع مادة مادة بكتاب جرانمولان فى التأمينات [٥] وهو مكون من ثلاثة فصول وردت فى ١٨ مادة ثم ألحق بهذا المشروع ملحقات[٦] اضطرها وضع القانون ويراد بها اما تعديل بعض مواد القوانين المختلطة مدنى ومرافعات وغيرها (الملحق الاول) واما يراد بها بيان النظام الذى يتبع فى شأن السجلات العقارية وكيفية العمل بها (الملحق الثانى) . وورد هذان الملحقان أيضاً بكتاب جرانمولان فى التأمينات[٧] ولا زالت تجد الحكومة على

(١) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٥٨ (٢) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٥ ص ٥٣ (٣) تقرير المستشار القضائى سنة٩٠٦ ص١٦ العامود الاول فى نصفه الاول
(٤) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٩ ص ٢٢ العامود الثانى
(٥) ص ٢٨٨ — ٢٨٩ (٦) Annexes (٧) ص ٢٩٠ — ٢٩٢

العمل فى جعل هـذا المشروع قانوناً ولكنها لم توفق حتى فى الوقت الذى فيه عدلت المادة ١٢ مدنى مختلط(١)

ولكن لما كانت فكرة ادخال نظام السجلات العقارية لا زالت تساور الحكومة قرر مجلس الوزراء فى مارس سنة ١٩١٧ تكوين لجنة الامتيازات الاجنبية(٢) لدرس هذا المشروع . وفى ٤ يوليو سنة ٩١٧ قرر تكوين لجنة فرعية لها(٣) لدرس المشروع نفسه . ورأى مجلس النظار أخيراً أن يقرر فى أول مايو سنة ١٩٢٠ اعتبار اللجنه الفرعية هذه لجنة مستقلة بنفسها لتدرس المشروع بمعرفتها خاصة وتقدم تقريرها لمجلس الوزراء مباشرة . واجتمعت هذه اللجنة فعلا ودرست المشروع وقدمت فى ديسمبر سنة ٩٢٠ ست تقريرات لمجلس الوزراء ومشروعى قانونين ، أحدهما بشأن الموثقين وثانيهما بشأن الملكية العقارية ، باللغتين الفرنسية والانكليزية . وقد جمعت هذه التقارير والمشروعات بمجموعة واحدة تحت عنوان خاص(٤)

ثم أيدت اللجنة اقتراحاتها التى تبينت لها بعد درس المشروع وقدمتها لمجلس الوزراء وصادق عليها هذا الاخير فى ٢٥ ابريل سنة ٩٢٢(٥) .

الا أنه مع ذلك قد رؤى تعيين لجنة أخرى خاصة لتبحث فى طريقة تنفيذ

---

(١) تقرير المستشار القضائى سنة ٩١٥ ص ٣٤ العامود الاول فى آخره

(٢) Commission des capitulations (٣) Sous-commission

(٤) Rapports de la commission des livris fonciers, 1917 — 1921

(٥) انظر محاضرة موسيو برنارد بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٧٦

هذا من الوجهة التشريعية . وأما من الوجهة الفقهية فقد عمل القانونيون فى مصر سنة ٩١٠ على نقد نظام التسجيل فى مصر من حيث تعدد أقلامه ومن حيث طريقة العمل به وأخذ يعمل رجال الفقه على تأييد هذه الحركة التشريعية — انظر بحثاً فى ايجاد قلم واحد للتسجيل وفى اشهار الحقوق العينية العقارية وفى انشاء نظام السجل العقارى بمصر ، وضعه البير لامانا Albert Lamanna بمجلة الجازيت المجلد ١ سنة ٩١١ ص ١٢٧ و١٤٠ و١٥٣ — والمجلد ٢ من المجلة ذاتها ص ٨٢ — وانظر محاضرة موسيو برناردى Bernardi بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ — ومقالة له فى هذا الموضوع بمجلة الجازيت المجلد ١٢ سنة ٩٢٢ ص ٩١ — ١٠٠ — ومقالا لصاحب مجلة الجازيت بوبوكوفير Pupikofer بالمجلد ذاته ص ٩٧ — ٩٨. — ومقالا له أيضاً بالمجلد ١٣ سنة ٩٢٤ ص ٦٦

هذا المشروع حتى يكون نافذاً على المصريين والاجانب معاً ولتضع مشروع قانون يشتمل على اقتراحات اللجنتين الاصلية والخاصة [1] . وكان أول عمل قامت به اللجنة الخاصة المشار اليها أن وضعت مشروع قانون أدخل على نظام اشهار الحقوق العينية المعمول به الآن بمصر بعض اصلاحات تمهيدية يمكن معها فيما بعد انشاء السجلات العقارية بمصر . وعمل المشروع فعلا وعرض على اللجنة الاستشارية التشريعية الموجودة بوزارة الحقانية فراجعته وأدخلت به بعض التعديلات . ولما كان عمل اللجنة الخاصة عملا هاماً بالنسبة لمسئلة توحيد أقلام التسجيل فقد وضعت تقريراً هاماً بما رأته وأجرته . واعتمدته اللجنة الاستشارية التشريعية بوزارة الحقانية المذكورة بعد أن عدلت به عبارات المسائل التي أجرت تعديلها هي (أي اللجنة الاستشارية التشريعية) . أما التقرير الموضوع بمعرفة اللجنة الخاصة والمعدل بمعرفة اللجنة الاستشارية التشريعية فقد أصبح هو نفس المذكرة الايضاحية المفسرة للقانون الذي صدر بتاريخ ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أهلي و ٢٩ مختلط ، وبمقتضى هذا التقرير أي بمقتضى المذكرة الايضاحية صدر القانون المذكور ، ولذا يجب الرجوع في الالمام بهذا القانون الى تلك المذكرة لانها بمثابة أعمال تحضيرية تشريعية له ترفع عنه مايحتمل أن يعلق به من غموض أو نقص [2]

---

(١) وسميت هذه اللجنة Comité special d'etudes pour l'itablissment des livres fonciers

(٢) راجع المذكرة الايضاحية المذكورة بمجلة المحاماة المجلد ٣ ص ٤٥٧ — ٤٦٨ حيث نشرت برمتها كاملة . ونشرت باللغة الفرنسية بمجلة جازيت المجلد ١٣ ص ٨١ — ٨٥ وانظر أيضاً الاسباب التي اعتمدت عليها الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة في اقرار هذا القانون بمجلة جازيت المذكورة ص ٨٥ — وانظر فصلا بالمجلة نفسها ص ٨١ في نقد الوجهة الشكلية للقانون . وقد والت اللجنة الخاصة اجتماعات عدة تباحث اعضاؤها فيها في وضع مواد قانون التسجيل الجديد مباحثات دقيقة لها بعض الاثر الظاهر في تفسير ما يمكن أن يكون قد غمض من مواد هذا القانون . وعقدت لذلك عشرين جلسة بدأت أولاها في ١٠ يونيو سنة ٩٢٢ وانتهت أخراها في ٢٧ مايو سنة ٩٢٣ وكانت المناقشات باللغة الفرنسية ولم تنشر محاضر جلساتها بطريقة رسمية . ولكنا قد اطلعنا عليها بالذات وأخذنا منها ما يهم هذا القانون في جلاء غامضه وسد نقصه وفي التعرف على الروح التشريعي الذي كان يسود هذا القانون أثناء وضعه — هذا ولما كان

أما هذا القانون فهو معروض على البرلمان المصرى ضمن القوانين الاخرى التى صدرت من يوم تعطيل الجمعية التشريعية حتى يوم تنفيذ الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ٩٢٣ . والغرض من عرضه مع القوانين الاخرى أن يقره البرلمان أو لا يقره

ولما كان لهذا القانون الخاص بتوحيد التسجيل صلة كبرى بنظام السجلات العقارية المنوى ادخاله بمصر ، وربما يعتبر فى ذاته نواة له وتمهيداً للاخذ به فيما بعد ، كما صرحت بذلك أيضاً نفس المذكرة الايضاحية بنبذتها الاولى [1] رأينا أن لا نمضى فى تفسيره الآن على ضوء تاريخه الماضى الذى أوجزناه هنا بل نرى أن نتم القول فى هذه اللمحة التاريخية ونأتى على موجز لمشروع نظام السجلات العقارية وهو المشروع الثانى الذى تقدم للجنة الدولية مع المشروع الاول الخاص بتوحيد التسجيل . حتى اذا ما وقفنا على الادوار التاريخية لقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ وما أراده واضعوه من تقريره ليكون تمهيداً للسجلات العقارية ، وعلى حقيقة نظام السجلات العقارية واعراضه فى البلاد الاخرى وطريقة ادخاله بمصر وما دار من المناقشات والجدل فى المجالات التشريعية باللجنة الدولية ، استطعنا وقتئذ الالمام بحقيقة القانون الحاضر وهو قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ المذكور ، واستطعنا الوقوف على حقيقته وكنهه وما يمكن أن يكون فى مستقبل الايام من نفع أو ضر وما فى ذلك من الاثر الظاهر عند الشارع المصرى وما نواه من قبل وينويه الآن على رغبته فى ادخال نظام السجلات العقارية . وعلى ذلك ونظراً

لموسيو برناردى Bernardi الذى كان مستشاراً بمحكمة الاستئناف المختلطة والعضو بهذه اللجنة أثراً ظاهراً فى تحضير هذا القانون لانه هو المقرر له والمحضر لمواده رأينا ضرورة الرجوع الى آرائه التى أبداها فى محاضرة له نشرت بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ — هذا ولابد هنا من ضرورة الاشارة الى محاضرة قيمة القاها حنابك أسعد ونشرت له بمجلة جورنال المحاكم المختلطة بالسنة الثالثة بالاعداد رقم ١٧٧ — ١٨٢ من ٩ — ٢٢ مايو سنة ٩٢٤ . ونشر ملخصها باللغة العربية بجريدة الاهرام بالعدد الصادر فى ١٠ مايو سنة ٩٢٤ . وللمحاضرة هذه أثر ظاهر فى بيان هذا القانون من الوجهة العملية

(١) المحاماة ٣ ص ٤٥٧ العامود الاول

لهذا التماسك بين نظرية توحيد التسجيل ونظرية السجلات العقارية نشرح هذه النظرية الاخيرة بالايجاز

٢ — المشروع الثانى

مشروع السجلات أو الدفاتر العقارية

٥٩١ — نظام السجلات العقارية [١] نظام معروف ظهر فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر وهو النظام المعروف بنظام أو طريقة تورينس ، التى سبق أن أشرنا اليها نسبة الى المبتكر لها السير روبيرت تورينس [٢] وسبق أن بينا انه أخذ بها باستراليا فى سنة ١٨٥٨ وتونس والمانيا سنة ١٨٧٢ والنمسا سنة ١٨٧١ وبالمستعمرات الفرنسية كالكونغو ومدغشقر وغيرها . والسبب الذى دعا بعض البلاد الى الاخذ بها ويدعو مصر الى العمل بها أيضاً ما يأتى

١) يلاحظ بمصر أن هناك أحوالا يبقى فيها نقل الملكية أمراً مستوراً فى عالم الخفاء [٣] لا يعلم به الغير . ويحصل ذلك فى انتقال الملكية بسبب الوفاة [٤] عند ما يحصل التوارث بالاصول الشرعية وعند عدم وجود وصية [٥] أو طبقاً لما جاء بالوصية [٦]

٢) وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاحكام الفاسخة للعقود [٧] أو المبطلة لها [٨] فانها تبقى مستورة ولو ان قلم الكتاب مكلف بالقيد لها . ولكنه اذا أهمل ظل الخفاء قائماً بالنسبة للغير

٣) ان التسجيل أمر اختيارى . ومن شأن ذلك انه لا يجعل لسجلات التسجيل أهمية كبرى من حيث تقرير الملكية . ولقد رأينا ان مشروع توحيد التسجيل يعمل على ضرورة تسجيل العقود والزام محرريها وهم الموثقون والملحقون بهم على تسجيلها بعد تحريرها تحريراً رسمياً

---

(١) Livres fonciers (٢) Sir Robert Torrens (٣) Occulte
(٤) Mortis cousa par testament (٥) Succession ab intestat (٦) Succession
(٧) Résolution (٨) Annulation

٤) ليس من شأن تسجيل العقد الاخير اذا تعددت العقود الناقلة للملكية طبقاً للمادة ٦١٩ أن يجعل هناك محلا للطمأنينة الكاملة[١]

٥) ان سجلات التسجيل بمصر موضوعة بطريقة ترجع لاسماء الاشخاص . وفى ذلك من الخطر الناشئ عن طول البحث ومن ضرورة البحث فى جملة سجلات ، والخلط لسبب تشابه الاسماء وعلى الاخص بمصر

٦) ان العقارات بمصر غير محدودة بحدود تنأى بها عن مظان الخلط والابهام لذا كان من الصعب معرفة مركز العقار معرفة صحيحة

٧) ليس لسجلات التسجيل قوة اثبات كاملة[٢] اذ يسجل الصحيح والمزور سواء بسواء . فاذا كان العقد مزوراً وتسجل فلا ينقل الملكية لان المملك غير مالك

ولقد نجم عن هذه القواعد أن تعددت قضايا الاسترداد بمصر وأصبح الملاك وقد ساورهم القلق على أملاكهم من جراء الاعتداءات على الملكية بسبب الجوار وغيره

وقد أوجز دوبين[٣] عيوب طريقة التسجيل الشخصى فيما يأتى : « من أقرض على رهن فلا يطمئن الى الحصول على دينه . ومن اشترى فلا يطمئن الى أن يكون مالكا . ومن دفع الثمن لا يطمئن انه قد دفعه الى المالك الحقيقى »[٤]

أمام هـذه المخاطر فكر الشارع المصرى فى ادخال نظام السجلات العقارية بمصر وهو يرمى بذلك الى ما يأتى :

١) أن يجعل اسم المالك المبين بالدفاتر هو اسم المالك الحقيقى . وبذا يطمئن من يتعامل معه على أنه هو المالك لا محالة

٢) يجب اشهار انتقال الملكية بسبب الوفاة

٣) يجعل التسجيل تسجيلا عقاريا لا تسجيلا شخصياً. بحيث يمكن الوقوف

(١) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٥٥ ن ٨٨١ وص ٢٧٥ ن ٩٣٣ — كتابنا فى المداينات ج ٢
(٢) Force probante (٣) Doupin (٤) جرانمولان ص ٢٧٧ ن ٩٣٧

بسهولة على حالة العقار بالذات بلا تطويل وخلط

فاذا أخذ بهذه القواعد فانه يترتب عليها نتائج عكسية للقواعد السابقة . اذ يترتب عليها ابطال دعاوى الاسترداد وعدم تعدى الجيران على بعضهم البعض . وارتفاع قيمة العقارات التجارية وانخفاض فوائد السلفيات لنقص المضار التى يتعرض لها الدائنون المرتهنون [1]

١ — فى نظام السجلات العقارية

٥٩٢ — عرض مشروع السجلات العقارية [2] على اللجنة الدولية وسار فى أدوار تحضيره مع المشروع الاول وقامت بفحصه اللجنة الفرعية التى ندبت لجنة خاصة لبحثه وتقديم تقرير عنه . وفعلا تقدم التقرير وأرفقت به هذه اللجنة الخاصة مشروعها بناء على ما لاحظته بتقريرها وأخذت اللجنة الفرعية فى فحص التقرير ومشروعه ولكنها لم تبد فى سبيل انجازه رغبة فى الانتهاء منه بالقدر الذى أرادته الحكومة من سرعة انجازه [3] ولا زال المشروع حتى الآن مستوراً فى عالم الخفاء لا يعلم له مصير . ويؤمل الشارع المصرى من قانونه الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أن يرجع أولو الشأن الى مشروع السجلات العقارية وفحصه من جديد لاعداده لان يكون قانوناً سارياً على المصريين والاجانب بعد أن يتأكدوا من تجارب العمل بقانون توحيد التسجيل هذا الاخير الذى اعتبر تمهيداً له

ونعلم أن نظام السجلات العقارية يرمى الى جعل التسجيل تسجيلا عقاريا لا شخصياً . فلا نرجع فى البحث عما توقع على العقار من التكاليف العقارية الى

---

(١) تقرير المستشار القضائى سنة ١٩٠٧ ص ١٥ العامود الاول

(٢) Livres fonciers (٣) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٧ ص ١٣ العامود الاول فى أوله. وورد هذا المشروع كاملا بمواده بكتاب التأمينات لجرانمولان ص٢٩٢ — ٢٩٩ ووقع فى خمسة أبواب وبلغت مواده ٦٢ عداً

الاشخاص لما فى ذلك من مخاطر التطويل والخلط كما رأينا بل يرجع الى العقار بالذات

ويرمى واضعو المشروع الى غرضين :

١) تأكيد الاشهار والعلانية

٢) تقرير قوة اثبات كاملة لسجلات التسجيل . وان كان الغرض الاول بعيداً عن كل نقد ينزل بقيمته فان الغرض الثانى قد نقده الناقدون اذ لاحظوا فيه أن المالكين المقيدين بالسجلات هم المالكون دون غيرهم حتى ولو ظهر أنهم لم يكونوا فى الحقيقة المالكين الحقيقيين ، أى ان هؤلاء يذهبون ضحية لاولئك

§ ١ — الغرض الاول من السجلات العقارية

تأكيد الاشهار والعلانية

٥٩٣ — يتأكد الاشهار والعلانية(١) باتباع ما يأتى :

القيد الالزامى(٢) : يجب قيد جميع العقارات الموجودة بالقطر المصرى بأسماء أصحابها ما عدا العقارات المملوكة للحكومة . والقيد الزامى لا اختيارى كما هو متبع باستراليا وتونس . وتحصر عقارات كل جهة على حدة وتقيد عقاراتها بأسماء أصحابها . وعند النزاع فى معرفة المالك عند القيد الاول تفصل فيه هيأة خاصة (المواد ١ — ٨ من المشروع)

نظام السجلات يتبع العقارات : هذا هو التسجيل العقارى لا التسجيل الشخصى . أى ان صحف السجل صحف عينية(٣) لا صحفا شخصية(٤) بمعنى ان صحيفة السجل تحتوى على كل ما تقرر للعقار من حقوق عينيــة للغير . ويجعل لكل بلد أو ناحية سجلات عقارية خاصة وهو ما يسمى بالوحدة العقارية(٥)

(١) Renforcement de la publicité (٢) Immatriculation d'office
(٣) Feuillets réels (٤) Feuillet personnels (٥) Unité foncière

ويجوز تقسيم البلد أو الناحية الى أقسام تقريبية[١] اذا كثرت الوحدات العقارية كثرة عظيمة (المادة ١١ من المشروع) وللوحدة العقارية الواحدة صحيفة عقارية خاصة[٢] ويجوز ضم جملة وحدات عقارية الى بعضها ورصدها بصحيفة عقارية واحدة بناء على طلب صاحبها . وفى هذه الحالة يشار بكل صحيفة مفردة الى أنها تابعة الى الصحيفة الجامعة[٣] (المادة ١٢ من المشروع) كل ذلك لاجل معالجة المضايقات التى تنشأ عن كثرة القطع الصغيرة العقارية[٤]

٢) **شكل الصحف العقارية** : تنقسم الصحيفة العقارية الى أربعة أقسام قسم يبين فيه الوصف الطبيعى للوحدة الطبيعية طبقا لمساحة فك الزمام . وثانيها يبين اسم المالك وجنسيته وأسباب فقد أنواع الاهلية لديه وتاريخ وتفصيل موجز لعقد التمليك . ويبين ثالثها أنواع التكاليف العقارية المحمل بها العقار على اختلاف أنواعها . ورابعها تتبين حقوق الامتياز والرهونات الرسمية وحقوق الاختصاص والرهن العقارى (المادة ١٣ من المشروع)

٤) **عمل مساحة فك الزمام** : تختص مساحة فك الزمام بتعيين العقار تعييناً يرجع لطبيعته . وهذا التعيين هو الاساس الذى ترتكز اليه السجلات العقارية ما دام ان الصحيفة العقارية ترجع فى أول أقسامها الاربعة الى هذا البيان الطبيعى المأخوذ من فك الزمام . بمعنى انه يجب أن يكون هناك تطابق بين السجلات العقارية وسجلات فك الزمام . ولذا تقرر بانه لايجوز تكليف العقارات بسجلات فك الزمام على أسماء أصحابها الا اذا سبق قيدها أولا بالسجلات العقارية (المادة ٢٥ من المشروع) وتقرر فوق ذلك بأنه لا يؤخذ مطلقاً بالتقادم المكسب فيما يتعلق بتعيين الحدود بين الجيران (المادة ٢١) وأريد بهذه القاعدة أن تتقرر الطمأنينة للعقار بحيث لا يأتيه الاضطراب من طريق غصب الجار لجاره والادعاء بالتملك بالتقادم المكسب مدة ١٥ سنة

(١) Sections (٢) Feuillet foncier (٣) Feuillet de groupement

(٤) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٨٠ ن ٩٤٥

٥) **في الاكثار من عدد العقود الخاضعة للتسجيل** : قرر المشروع ضرورة تسجيل العقود الخاضعة الآن للتسجيل (المـادة ١٤) ثم أضاف عليها ما يأتي : ١) العقود والاحكام المظهرة أى المقررة لحقوق عينية عقارية كالقسمة . ولم يكتف المشروع بالعقود الناقلة فقط للحقوق أى المثبتة لها — ٢) الاتفاقات والاحكام الخاصة بتعديل طريقة الانتفاع بحق ارتفاق قانوني، وبتقرير التعويضات الناشئة عنها — ٣) العقود الناقلة أو المظهرة لحق الحـكر أو العقود الاخرى التي تحكى التصرف في بعض مظاهره[1] كالوقف . وقد رأينا ضرورة تسجيل الوقفية عندما تكلمنا على مشروع توحيد التسجيل — ٤) انتقال الملكية بسبب الوفاة (المادة ٢٢) وقد بينت المادة ٢٨ من المشروع الاوراق الخاصة بذلك والتي يجب الرجوع اليها لاجل اجراء عملية القيد بمقتضاها ، كشهادة الوفاة والاعلام الشرعي بالوراثة والوصية . وقرر المشروع معاقبة الوارث بالغرامة فيما اذا لم يطلب القيد في مدة معينة (المادة ٥٧)— ٥) الاسقاط[2] أو الحلول[3] اذا كان كل منهما خاصاً بدين مضمون بتأمين عيني عقاري[4] كالامتياز أو الرهن الرسمي أو غير ذلك — ٦) ويجب اشهار أسباب فقد الاهليـة كالحجر والصغر وقيدها بالسجل العقاري . على أنه ليس لهذا الاشهار أثر ما من حيث قوة الاثبات الـكامل[5] بل الغرض منه هو مجرد الاشهار البسيط . مع ان الموثق من طريق آخر ملزم بالتحقق من أهلية العاقدين عند تحريره للعقد

٥٩٤ — **في نفي الأثر القانوني عن العقود العرفية نفياً باتاً** : المقرر في النظام الحاضر ان العقد العرفي حجة على طرفيه من حيث نقل الحق العيني العقاري . ولا يحتج بهذا العقد على الغير الا اذا تسجل. فالتسجيل شرع للغير لا للعاقدين. أما اللجنة الدولية فانها رأت نقض هذه القاعدة ظهراً لعقب وضرورة تقرير عكسها على

---

(١) Sémi - aliénation (٢) Cession (٣) Subrogation
(٤) Sùreté réelle immobiliére (٥) Force probante

خط مستقيم . اذ رأت انه اذا لم يثبت الاتفاق بقيد رسمى فان الاتفاق يعتبر كأنه لم يكن [١] ولا يترتب عليه أى التزام ما حتى بين العاقدين (المادة ١٧) أما الحكومة المصرية فانها لم تعرض بمشروعها هذه القاعدة بتلك القوة بل رأت أن تأخذ بما قرره القانون الالمانى (المادة ٨٧٣ من قانون ١٥ مايو سنة ١٨٧٢) فى أن الاتفاق الذى لم يتحرر بعقد رسمى لا يفقد جميع مزاياه ونتائجه بالمرة . انما يفقد فقط مزية نقل الحق العينى ويبقى ذا أثر بعد ذلك . بمعنى انه ينشأ عنه مجرد التزامات [٢] بين الطرفين بحيث يجوز للمشترى مثلا مقاضاة البائع ومطالبته بتعويضات اذا أبى تحرير الاتفاق بعقد رسمى ، أو مقاضاته لاجل الحصول على حكم يقوم مقام العقد الرسمى حتى يستطيع بذلك قيده بالسجلات العقارية . وبهذا الحل يبقى للعقود العرفية أثر ظاهر فى المجالات العملية . وربما كان الخوف من بقاء هذا الأثر الظاهر هو الذى جعل اللجنة الدولية تقول بزوال كل أثر قانونى للعقد العرفى . ولعل مشروع الحكومة أفضل من رأى اللجنة الدولية . اذ التطور [٣] فى تقرير المسائل القانونية والاخذ فيها بالتدريج خير من مباغتة الافراد بانقلاب فجائى هادم [٤] لشىء مستقر من قبل بطول الزمن واطمئنان العقائد . ولم يكن الغرض من انشاء السجلات العقارية هدم القواعد القديمة السابقة هدماً يأتى عليها بالفناء والزوال الكامل من حيث الأثر اللازم فى الاتفاقات التعاقدية ، وعلى الاخص اذا لوحظ فى أمر العلانية والاشهار ان الغرض منها انما هو اخبار الغير بما تحمل به العقار . واما العقد بين العاقدين فيجب أن يظل باقياً من حيث آثاره ونتائجه بينهما . وان كان يخشى من أن البائع يتصرف ثانيا فى العقار عقب تصرفه الاول وقبل قيد هذا التصرف بالسجلات العقارية فما على الشارع الا أن يقرر عقوبة لهذا العمل [٥]

وقرر المشروع بأن الملكية لا تنتقل ولو كانت ثابتة بعقد رسمى سواء بالنسبة

---

(١) Non avenu (٢) Obligations (٣) Évolution
(٤) Révolution (٥) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٨١ والحاشية رقم ٢ وهو يحدث عن Massigli وما أثبته هذا الاخير بتقريره .

للعاقدين أو بالنسبة للغير ، الا من وقت حصول القيد بالسجل العقارى (المادة ١٧) . ويتلاحظ أن هذه المادة خاصة فقط بالعقود لا بالاحكام . ولا تنطبق على عقود الايجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والخاضعة للاشهار والعلانية ولا المخالصات الخاصة باستلام ايجار مقدما عن مدة ثلاث سنوات على الاقل [1]

أما الاسباب التى جعلت اللجنة الدولية تتشدد من أجلها فى تقرير هذه القاعدة هى أنها ترغب فى رفع كل أثر للشرطيات أو العقود العرفية لما يشوبها دائما من نقص فى التحرير وغموض فى النص وتشويه لمعالم محل العقد . وأرادت أن تؤكد الاشهار العقارى تأكيداً ثابتا بحيث تصبح العقود العرفية وقد أبطلت اذ يزول الأثر المترتب عليها فلا يعود الناس الى التعامل بها . وبذا يلجأ الافراد الى المأمورين الرسميين [2] لتحرير عقودهم أمامهم ويؤمر هؤلاء المأمورون بالقانون بان يقوموا من تلقاء أنفسهم باجراء عملية الاشهار والعلانية

٦) *الزام المأمورين الرسميين باجراء القيد قانونا بمعرفتهم* : العقود الرسمية المحررة فقط هى التى تقيد وحدها بالسجلات العقارية . وأما بالنسبة للعقود الاخرى المحررة بالخارج فان المشروع قرر ما سبق أن قرره المشروع الاول الخاص بتوحيد التسجيل (المادة ٣٠)

هذا هو الغرض الاول من مشروع السجلات العقارية وهو تأكيد العلانية وتثبيت الاشهار . والآن نتكلم عن الغرض الثانى من المشروع وهو قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية

§ ٢) — الغرض الثانى لمشروع السجلات العقارية

تقرير قوة الاثبات الكاملة للسجلات

٥٩٥ — يقرر المشروع (المادة ١٨) بأن الحقوق المقررة للعاقدين والواردة بالعقد المقيد بالسجلات العقارية يجوز أن تكون محل نزاع بين العاقدين فقط.

(١) جرانمولان ص ٢٨٢ ن ٩٤٩ الهامش رقم ١ — (٢) Officiers publics

وعلى ذلك فلا يعتبر للعقد بين العاقدين فقط قوة اثبات كاملة [١]

أما قوة الاثبات الكاملة هذه فانها قائمة بالنسبة للغير [٢] اذ يقرر المشروع (المادة ١٩) بأن قيد العقد بالسجل يجعل مكتسب الحق بحسن نية وبمقابل فى مأمن عن أى مطعن فى العقد بالنسبة للمالكين له

ولا يراد هنا بالغير كل من تقررت له حقوق على العقار وحافظ عليها طبقاً للقانون (المادة ٦١٥/٧٤٢ مدنى) بل هو كل شخص آخر خلاف العاقدين وخلفائهم العامين [٣] وقرر المشروع (المادة ٦) بأنه عند انشاء نظام السجلات العقارية وعمل القيد الاول للعقارات بمصر لا يجوز للغير الطعن فيها مطلقا. أى أنه يصبح للملكية العقارية أساس ثابت وضمان يطمئن اليه المكتسبون لها

وعلى ذلك اذا كان مكتسب الحق العينى قد اكتسبه بمقابل [٤] وبحسن نية فلا يجوز للغير مقاضاته والطعن فى عقده. وحسن النية مسئلة موضوعية. ولم تر اللجنة الدولية الأخذ فى تقرير سوء النية بما عرضته الحكومة المصرية فى أن سوء النية هو التواطؤ التدليسى [٥] بين المملك والمتعامل معه. بل رأت أن تقرر « بأن مجرد العلم بسبق وجود عقد خاص بحق من الحقوق الخاضعة للاشهار والعلانية لا يعتبر كافياً فى اعتبار الغير ذى نية سيئة » (المادة ١٨ الفقرة الاخيرة)

على أنه يجب ملاحظة بأنه لا يجوز للشخص الادعاء بحسن النية مستنداً الى جهله بالدعوى أو بسبب الدعوى اذا صار اشهارهما من طريق القيد بالسجلات العقارية أو من طريق التأشير عنهما بها [٦]

٥٩٦ — الاسباب التى دعت الى تقرير قوة الاثبات الكاملة : يحتمى مالك المنقول ضد دعوى الاسترداد بقاعدة حيازة المنقول سند الملكية. وله

---

(١) Force probante (٢) Tiers (٣) Successeurs universels et à titre nniversel (٤) à titre onéreux (٥) Collusion frauduleuse (٦) Prénotation

التعاقد مع المالك على المنقول دون أن يكون فى حاجة الى وساطة وكلاء الاشغال . وان كان من وراء ذلك طمأنينة للملكية المنقولة فان الملكية العقارية فى حاجة أيضاً الى نوع من الطمأنينة هى الاخرى حتى تأمن دعاوى الاستحقاق. ولو أن نظرية التسجيل قد تعتبر فى ذاتها ضمانا للمعاملات العقارية الا أنها ضمان غير كاف. ولذا يلجأ أصحاب التعامل العقارى الى وساطة وكلاء الاشغال ليرشدوهم ويبينوا لهم حقيقة الحق العينى العقارى محل التعاقد الجديد . هذا الضعف فى الطمأنينة العقارية وما يحفها من المخاوف فى مجال المعاملات قد جعل «تورينس» يقول بأن من يشترى قطعة أرض فانما يشترى دعوى [1] فاذا تقررت للسجلات العقارية قوة الاثبات الكاملة وأصبح مكتسب الحق العينى العقارى بعيداً عن أى مطعن ما فى عقده بالنسبة للمملك له، اطمأنت الملكية واستقرت فى مكانها لا يشوبها خوف ولا يزعجها اضطراب

فاذا تم القيد بالسجل أصبح صاحب الحق العينى العقارى مالكا حتى ولو تلقى حقه من غير مالك

ولكن ألا يرى أن ذلك مناقض لابسط القواعد القانونية فى أنه لا يجوز للفرد أن يملك الغير أكثر مما يملك ؟ على أن هذا التناقض موجود أيضا عند الاخذ بنظرية التسجيل السابقة . حيث قرر القضاء بفرنسا وبمصر صحة تصرفات الوارث الظاهر [2] . وفوق ذلك فان المادة ١٩٧ مدنى مختلط (والتى لا مثيل لها بالقانون الاهلى) قررت صحة الرهن الرسمى قبل من يحكم لهم ببطلان عقد تمليك المدين الراهن اذا كان الدائن المرتهن حسن النية . وقد ورد هذا التناقض فى مواطن عدة من القانون . اذ تقرر مثل ذلك بالنسبة للدائنين المرتهنين رهناً رسمياً أو المكتسبين لحقوق أخرى (حالة الانتفاع [3] المواد ٢٧ — ٢٨ مدنى أهلى و ٤٦ — ٤٨ مدنى مختلط . مع ملاحظة أن المادة ٤٨ مدنى مختلط ولا مثيل

---

(١) جرانمولان ص ٢٨٣ ن ٩٥٣ (٢) Héritier apparent (٣) Usufruit

بالاهلى اذ قررت جواز زوال حق الانتفاع عن صاحب الارض الخراجية اذا تأخر المنتفع فى دفع الجعل المقرر للحكومة وهو الخراج [١]، وعدم سريان هذا الزوال على حقوق الدائنين المرتهنين رهنا رسميا) وبالنسبة لمن اكتسبوا حقوقا عينية عقارية ولمن كانوا دائنين مرتهنين رهنا رسميا بحسن نية فيما اذا فسخ عقد الملكية وحكم بردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب [٢] أوعدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعا [٣]. (المادة ٧٨ مدنى مختلط ولا مثيل لها بالقانون الاهلى) وبالنسبة للدائنين المرتهنين رهنا رسميا اذا كانوا حسنى النيـة ومضت مدة خمس سنوات على وضع يد المدين الراهن واعتقدوا أن مدينهم مالك (المادة ١٥٧ مدنى مختلط ولا مثيـل لها بالاهلى) فلا تقبل دعوى الاستحقاق قبلهم . وبالنسبة للدائنين المرتهنين رهنا رسميا فيما اذا حكم بفسخ عقد تمليك المدين الراهن (لمادة ١٧٦و ١٩٧ و٢٤٢ مدنى مختلط ولا مثيل للثلاثة بالاهلى) ويحمى القانون أيضـا هؤلاء الدائنين المرتهنين فيما يتعلق بفسخ عقود المدينين الراهنين لاسباب ترجع لتحقق شرط مجهول من الدائنين (المادة ٣٤٠ مدنى مختلط ولا مثيل لها بالاهلى) ويحميهم فيما يتعلق بفسخ المشترى لعقد البيع بسبب استحقاق بعض المبيع اذا سبق أن رهن العقار للدائنين المرتهنين رهنا رسميا (المادة ٣١١/ ٣٨٥ مدنى) (وانظر أيضا المواد ٣٣٢/ ٤١٣ و ٤١٧ مدنى مختلط فقط و٤٢٠ مختلط فقط : كل ذلك فيما يتعلق بحماية الدائنين المرتهنين)

هذه الحمايات المختلفة انما تجرى على خلاف قاعدة « لا يجوز تمليك الغير أكثر مما يملكه المملك »

على أن نظام السجلات العقارية قد أضعف كثيراً من هذه الحمايات بالنسبة للدائنين المرتهنين اذ سد عليهم باب الانتفاع بها

---

(١) Tribut (٢) Quotité disponible (٣) Légitime Réserve

§ ٢ — فى بعض الاستثناءات للقاعدة

٥٩٧ — ١ — فى حالة مكتسب الحق سيء النية : يقرر قانون تورينس[١] بأن الغير يصبح فى مأمن تام عن الطعن فى عقده لمجرد قيده بالسجلات العقارية حتى ولوكان سيء النية . ويرجع السبب فى تقرير هذه القاعدة الى الرغبة الاكيدة فى تأمين الملكية وتركيزها على دعامة ثابتة لا تقبل الاضطراب من جانب الطاعن. فاذا تبين بان التصرف صدر من غير المالك الحقيقى حقيقة فما على هذا الاخير الا أن يطالب بتعويض فيقضى له به من مبلغ التأمين[٢] المخصص لذلك . اذ يعتبر فى مثل هذه الحالة كمن نزعت ملكيته للمنفعة العامة فيصبح فى حل من المطالبة بمبلغ فى مقابل ما أصابه من الضرر بسبب حرمانه من عقاره

ولكن لاحظنا أن المشروع المصرى لم يشأ أن يأخذ بهذه القاعدة الشديدة اذ حتم فى صحة القيد واعتباره نافذا لا يقبل أى مطعن ما ضد المملك أن يكون مكتسب الحق العينى العقارى حسن النية وان يكون العقد خاصا بتصرف بمقابل[٣] . اما اذا كان مكتسب الحق سيء النية فلا يستفيد من هذا الضمان العقارى المقرر بالسجلات العقارية . وهذا المبدأ الذى أخذ به المشروع المصرى هو ما اتبعه أيضا القانون الالمانى الصادر سنة ١٨٧٢

٢ — **الطعن بالتزوير وفقد الاهلية** : ويعتبر الطعن فى العقد بسبب التزوير أو فقد الاهلية وطلب الحكم ببطلانه حجة على الغير المقيدين بالسجلات العقارية[٤] اذا رفعت الدعوى وصار اشهارها فى ظرف سنة من وقت القيد

٣ — **انتقال الحق بالوفاة** : اذا حصل نقل الملكية بسبب الوفاة جاز للوارث الحقيقى أو الموصى اليه الحقيقى الحق فى التمسك بحقه قبل كل شخص

---

(١) Act Torrens (٢) Fonds d'assurance (٣) à titre onéreux

(٤) Tiers inscrits

تعامل بحسن نية مع الوارث الظاهر[1] على شرط أن يعمل كل من الوارث أو الموصى اليه الحقيقيين على التمسك بحقهما فى ظرف سنة من تاريخ فتح التركة بأن يرفعا دعاويهما أثناء السنة

فى التأشير بالقيد : [2]. لكل من ادعى حقاً على عقار أن يطلب التأشير بالسجلات العقارية بما يفيد ادعاءه هذا لاجل حفظ حقه حفظاً مؤقتاً . ويعتبر تاريخ التأشير تاريخاً للحق المدعى به فيما اذا قضى بالحق لمن يدعيه (المادة ٣٩) والاصل فى هذا التأشير يرجع الى القانون الالمانى والتونسى . ومن شأنه أن يخفف نوعاً ما من شدة قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية . ومن شأنه أيضاً اخبار الغير بوجود خطر محدق بالعقار المقيد ، بأن يدل على أن هناك حقاً لآخر على العقار سواء كان الحق مقرراً فى الحال أو محتملا تقريره فيما بعد . وعلى ذلك يعتبر التأشير احتياطاً يتقيد به القيد بالسجلات العقارية[3] . فاذا جاء الغير وتعامل مع المالك المقيد الحاضر علم بما يحيط العقار من المخاوف والمخاطر . ولذا اذا تعاقد مع المالك فهو مجازف لانه ملزم باحترام الحق المقرر على العقار اذا أقره القضاء فيما بعد

هذا ولايجوز قبول التأشير بالسجلات العقارية الااذا كان بيد طالب التأشير عقد رسمى يستند اليه فى طلب التأشير . فاذا لم يكن بيده سند رسمى فلا يحصل التأشير الا بعد رفع دعوى أمام القضاء بشأن الحق المدعى به وقيد عريضة الدعوى بجدول المحكمة (المادة ٣٩) . وأما فى القوانين الحاضرة فلا توجد طريقة معينة لاجل اخبار الغير بوجود عقد مقرر لحق على العقار ومن شأن هذا العقد الغاء أو ابطال العقد السابق المسجل أو المقيد . وهذا النقص فى التشريع المصرى قد عالجه من زمن بعض الشرائع العصرية الاجنبية كالقانون البلجيكى الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (المادة ٣) وهو ما يعالجه الآن مشروع السجلات

---

(١) Héritier apparent (٢) Prénotation (٣) Réserve d'inscription

العقارية . هذا وقد أكثر المشروع الحاضر من أوجه الاحتياط بشأن التأشير والشروط اللازمة للأخذ به حتى لا يكون التأشير ذريعة فى تعطيل التصرف فى العقار فى الحالات العمليـة . هذا من جهة . ومن جهـة أخرى ، حتى لا يحرم طالب التأشير من الانتفاع من نتائج التأشير . وتعتبر كل هذه الاجراءات من أسباب التخفيف من قاعدة الاثبات الكامل للقيـد بالسجلات العقارية . فقرر المشروع :

١) بضرورة أن يكون العقد رسميا ضمانا للتأكد من حقيقة شخصية العاقدين فيه (المادة ٣١)

٢) وأن يعطى للمالك صورة من الصحيفة العقارية [١] ليكون لديه بمثابة سند الملكية[٢] . ويعتبروجود هذا السند تحت يد صاحبه أمارة على أن صاحب السند مالك للحق المبين به (المادة ٥٠)

٣) وأن يلزم حافظ السجل[٣] باخبار الشخص المقيد[٤] بكل قيـد يحصل فيما بعد بشأن نفس العقار (المادة ٥٤)

وترمى هـذه الاحتياطات الى كشف الستار عما يحتمل أن يقع من أنواع التزوير . اذ بالاشهار والعلانية يمكن الوقوف بسهولة على ما صح وعلى ما لا يصح من العقود المقيدة بالسجلات

٤) وكل شخص لاحظ أن حقه أصبح مهدداً من قيد وارد بالسجلات فله أن يطلب التأشير بالسجلات [٥] حتى يكون هـذا التأشير حائلا دون تصرف خصمه فى الحق المتنازع فيه (المادة ٣٩ من المشروع[٦])

§ ٤ — فى نظرية التقادم بنظام السجلات العقارية

٥٩٨ — من شأن الاخذ بنظام السجلات العقارية والعمل به أن لا يستقر

---

(١) Copie du feuillet foncier (٢) Titre de propriété
(٣) Conversateur (٤) Personne inscrite (٥) Prénotation
(٦) جرانمولان ص ٢٨٥ ن ٩٥٧ الهامش الاول

الحق لصاحبه الا بالقيد بالسجلات . وعلى ذلك يمكن القول بأن لا محل لتملك الحق بالتقادم طالما لم يحصل قيد . ولا تقادم مع القيد ما دام أن القيد هو وحده أمارة الملكية لا غيره من الامارات الاخرى . ولذا لايوجد أثر للتقادم بالقوانين التى أخذت بنظرية السجلات العقارية ، لحظره القانون الالمانى سنة ١٨٧٢ (المادة ٦) والقانون الفرنسى المعدل سنة ١٨٩٢

على أن المشرع المصرى قد رضى الاخذ مع ذلك بالتقادم وفعل ذلك من طريق الرجوع الى مشروع اللجنة الفرنسية التى تشكلت للبحث فى مسح الاراضى الفرنسية أى لجنة فك الزمام [1]. على أن الآثار القانونية للتقادم بالمشروع المصرى أصبحت قليلة الاهمية بجانب ما تقرر من قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية فى أغلب الاحوال

وفى ذلك تقرر المادة ٢١ من المشروع ما يأتى : « يجوز أن يسرى التقادم المكسب أو المسقط بمدة ١٥ سنة ضد الحق المقيد . ولكن لايعتبر التقادم حجة على الغير الا من وقت القيد [٢] أو الشطب [٣] الحاصلين بناء على الحكم الصادر بصحة التقادم ، الا اذا كان قد سبق حصول تأشير من قبل [٤]. — على أنه لايجوز الاخذ بالتقادم المكسب فيما يتعلق بتعديل الحدود بين الجيران . — وفى حالة ما اذا تم التقادم فى مصلحة شخص مقيد ، تبتدئ مدة التقادم من الوقت الذى حصل فيه اشهار سند الملكية واعلانه . — وتعتبر آثار التقادم سارية حتى قبل الغير من تاريخ القيد الحاصل بشأن الملكية » بمعنى أنه يصح الاخذ بالتقادم المكسب أو المسقط بمدة ١٥ سنة ضد الحق المقيد . ولكن تجب ملاحظة أنه لما كان من المقرر فى نظرية السجلات العقارية أن الشخص المقيد يجب أن يعتبر بمثابة المالك الحقيقى ، فلا يعتبر التقادم بناء على ذلك حجة على الغير الا من وقت تسجيل الحكم الصادر بصحة التقادم [٥] . ومعنى ذلك أنه يجوز للشخص المقيد

---

(١) Commission du cadastre (٢) Inscription (٣) Radiation
(٤) Prénotation (٥) Usucapion

التصرف فى عقاره حتى ولو مضت مدة ١٥ سنة على العقار ويد شخص آخر قائمة عليه طالما أن صاحب التقادم لم يسجل حكمه المؤيد للتقادم [١] . فاذا جاء الغير وكان مشترياً أو مرتهناً وأراد التعاقد مع الشخص المقيد صح تعاقده ما دام أن القيد هذا لم يتعطل بقيد آخر مثبت للتقادم

ومن المادة ٢١ نرى أن المشروع أراد أن لا يجعل فى المستقبل محلا لغصب الجيران من بعضهم البعض فى التعدى على الحدود بطريقة تدريجية وغير محسوسة . وبذا ينضب منبع غزير للدعاوى فيما يقع فى هذا النوع من الاعتداءات الخفية المتكررة . وتقوم مصلحة فك الزمام فى تقرير الحقوق بين الجيران تقريراً نهائياً لا يقبل غصباً ولا عدواناً ، وعلى ذلك يصح الاخذ بالتقادم فيما اذا لم يكن هناك جوار وحاز واضع اليد على العقار الملكية بالمدة القانونية

هذا ويلاحظ أنه يجوز الاخذ بالتقادم الخمسى اذا توافر شرطا السبب الصحيح وحسن النية وذلك فى الاحوال التى لا يستفيد فيها الشخص من قوة الاثبات الكاملة المقررة للسجلات. ويحصل ذلك فى حالة الموهوب اليهم فيما اذا كان الواهب وارثاً ظاهراً . ولا يستفيد الموهوب اليه من التقادم الخمسى الا بشرط القيد الحاصل عن سنده وهو عقد الهبة . لان القاعدة المقررة فى السجلات العقارية أن الملكية لا تنتقل الا من وقت القيد . وعلى ذلك لا يعتبر أن لدى الموهوب اليه سبب صحيح الا من وقت قيد عقد الهبة (المادة ٢١)

§ ٥ — الاخذ بالسجلات العقارية

فى حالة الرهن الرسمى

٥٩٩ — يقرر المشروع نفس العلانية المقررة فى الوقت الحاضر بشأن الامتيازات والرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن العقارى . ولم يحذف المشروع الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة المقررة على العقارات (المادة ٢٦)

(١) جرانمولان ص ٢٨٥ ن ٩٥٨

فى الاسقاط والحلول بشأن الديون المضمونة برهن رسمى : قرر المشروع ضرورة قيد الاسقاط [١] والحلول [٢] اذا تعلقا بدين مضمون برهن رسمى [٣] (المادة ٢٦) وهذا القيد من جانب المشروع مبدأ جديد لم يكن معروفا من قبل بالقوانين الحاضرة

وعلى ذلك اذا لم يحصل قيد عند وقوع اسقاط أو حلول ظل الحق العينى التبعى [٤]، وهو الحق المترتب عن الرهن الرسمى، قائما وباقيا على ذمة الدائن السابق المقيد من قبل . فاذا جاء هذا الدائن المقيد السابق وأزال حقه العينى [٥] أى رفع الرهن صح وقتئذ شطب الرهن [٦] واعتبر الشطب هذا حجة على المسقط اليه [٧] وعلى من حل بالحلول [٨]

ويلاحظ مع ذلك أن نقل هذه الحقوق المضمونة برهن رسمى يكون صحيحاً دون شرط التأشير بالسجلات العقارية اذا وردبها شرط التحويل والاسقاط تحت الاذن [٩] أو شرط التصرف لحامل السند [١٠]

فى قوة الاثبات : ان من شأن القيد بالسجلات أن يبقى لدى الدائن المرتهن رهناً رسمياً مزية التمتع بحقى التتبع [١١] والافضلية [١٢] قبل الغير [١٣] ولكن ليس من شأن هذا القيد أن يرفع ماعلق بعقد الاستدانة من الشوائب [١٤] والعيوب [١٥] التى يحتمل أن تعيبه (المادة ٢٧) وذلك لان الضرورات الاقتصادية التى أراد حمايتها فى تقريره قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية لا أثر لها هنا . أما القانون الالمانى فانه قرر عكس هذه القاعدة [١٦]

---

(١) Cession (٢) Subrogation (٣) Créance hypothécaire
(٤) Droit réel accessoire (٥) Main-levées (٦) Radiation
(٧) Cessionnaire (٨) Subrogé (٩) Clause à ordre
(١٠) Clause à porteur (١١) Droit de suite (١٢) Droit de préférence
(١٣) Tiers (١٤) Irrégularités (١٥) Vices
(١٦) جرانمولان ص ٧٨ ن ٢٩١ و ص ٢٨٦ و ٩٦١

في زوال قيد الرهن بالزمن — قدمت الحكومة مشروعها ورأت أنه ما دام قد تقررت قوة الاثبات الكاملة للقيد بالسجلات العقارية فانه مما يترتب علي ذلك حتما أن لا يصح الاخذ بمبدأ اعتبار القيد الخاص بالرهن وحقوق الامتياز مشطوبا بعد مضى زمن (والقاعدة الحاضرة تقرر زوال قيد الرهن بمضى مدة ١٠ سنوات اذا لم يحصل تجديد القيد خلال هذه المدة المادة ٥٦٩/٦٩٣ مدنى) ذلك لان زوال أثر القيد عند عدم التجديد ضار بمفقودى الاهلية وبالبالغين أيضاً اذا اعتورتهم ظروف حالت دون تجديد القيد قبل انقضاء مدة السنوات العشر.

ولكن لما كان من شأن بقاء القيد وبقاء أثره ما يضر بالمدين اذ يصبح هذا الاخير وقد التزم بالعمل على رفع الرهن تطهيراً لعقاره السابق رهنه ، رأت اللجنة الدولية بقاء مبدأ زوال أثر القيد اذا لم يحصل تجديده . ولكنها جعلت المدة ١٥ سنة من وقت حلول ميعاد الوفاء بالدين المضمون بالرهن (المادة ٢٨)

٦٠٠ — في ارتهان المالك لعقاره هو [١] : أجاز المشروع (المادة ٢٩) شرعية السندات الرهنية [٢] لحاملها [٣] أو تحت الاذن [٤] . أى أنه يجوز أن يجعل سند الدين ، المضمون بتأمين عقارى ، لحامله أو تحت اذن صاحبه ، فيجوز تحويله ونقله من يد ليد اما بالمناولة اليدوية [٥] ان كان لحامله ، أو بالتحويل أو التظهير [٦] ان كان تحت الاذن . ويترتب على الاخذ بهذه القاعدة جعل التعامل في العقار بحيث يتشابه مع التعامل في المنقول فيصبح العقار منقولا [٧] وبذا يجد الدائن المرتهن الطريق فسيحا أمامه للحصول على دينه من طريق تحويل سنده الى الغير دون أن يحتاج الى صرف مصاريف من عنده ودون الزامه بالانتظار حتى يحل أجل الوفاء

---

(١) Hypothèque sur soi-même. (٢) Obligations hypothécaires (٣) Au porteur (٤) à ordre (٥) Tradiion (٦) Endossement (٧) Mobilisation du crédit foncier

ولكن اذا أجيز للمالك أن يحرر على نفسه للغير سندات رهنية [١] لحاملها أو تحت الاذن في حالة الاقتراض فهل يجوز له حق تحرير مثلهـا على نفسه ودون أن يتعاقد مع الغير بعقد القرض، وذلك حتى يتمكن من تحويلها [٢] الى الغير كلما دعته الحاجة الى الحصول على نقود؟ ان المشروع لم يشأ تقرير هذه القاعدة الجديدة الخاصة بانشاء سندات رهنية محررة من صاحب العقار على نفسه [٣] وقد أخذ بهذا النظام بعض الشرائع الاجنبية (كقانون مسيدور السنة الثالثة الفرنسى [٤] والقانون الالمانى [٥] والطريقة فى ذلك أن يقرر المالك على عقاره رهناً لنفسه هو فيذهب الى حافظ السجلات العقـارية ويطلب اليه أن يقيد بالسجلات رهنا واحداً أو أكثر على عقاره وأن يكون القيد باسمه باعتباره راهناً ومرتهنا فى آن واحد. وبعد ذلك يسلمه حافظ السجل سنداً بذلك [٦] وهو السند الذى يكون لحامله أو تحت الاذن

ولقد نقد الناقدون هـذه الطريقة. لانه ليس من السهل القول بالأباحة للمالك بانشاء سندات رهنية وان يقدر هو وبمحض رغبته ثمن عقاره. لان الناس لا يطمئنون الى مثل هذه السندات حيث لا ضمان يكفلها من حيث تقدير العقار. ولذا لا تلبث أن تهبط بنزول وتدهور قيمتها. نعم واذ كانت طريقة المعالجة فى ذلك هى أن يباح تقرير مبدأ تقدير الارض المرهونة بمعرفة خبير، الا أن هذا الدواء ليس صحيحاً دائما نظراً لتغير الاسعار للتقلبات الاقتصادية المتكررة وعدم استقرار الاسعار على حالة واحدة. وما دام أن طالب حيازة الاذن الرهنى [٧] لا يطمئن الى تقدير الرهن المعروض عليه فانه يضطر وقتئذ الى الالتجاء الى طرق أخرى يتأكد بها من معرفة حقيقة الثمن. وهذا يدعو الى وقت وصرف [٨]

---

(١) Titres hypothécaires (٢) Négocier (٣) Bons hypothécaires

(٤) Loi de Messidor an III sur soi-même (٥) جرانمولان ص٧٨ ن ٢٨٩ و ص ٢٨٧ ن ٩٦٣ الهامش ١

(٦) Cédule (٧) Preneur de bon hypothécaire

(٨) جرانمولان ص ٢٨٧ ن ٩٦٣

ولقـد فعل المشروع خيراً فى عدم تقرير هذه القاعدة الضارة جداً بالثروة العقارية والتى يترتب على الاخذ بهـا خراب بيوت قائمة . اذ يسهل بها على مالك العقار كل ما احتاج للمال ، وما أسرع الشعور بالحاجة للمال ، أن يخرج من جيبه سند الرهن فيناوله لشخص آخر أو يحوله اليه فى مقابل ما يأخذه منه من الثمن . وكلـا اشتدت به الحاجة للمال كلما مال الى التساهل فى التصرف الرهنى بأقل من قيمته . وفى ذلك ضرر جسيم بصاحب العقار ، فوق الضرر أيضاً بالدائن المرتهن فيما اذا خدع بتقدير العـقار حتى ولو كان التقدير حاصـلا بخبير نظراً لتقلبات الاسعار كما رأينا

فى مسئولية الحكومة عن الاضرار المحتمل وقوعها بسبب انشاء السجلات العقارية : لا مسئولية على الحكومة فيما اذا وقع ضرر لسبب لا يرجع الى خطأ أو تقصير عمالهـا ، وهذا ما تقضى به القواعد القانونية العامة . ومحل المسئولية أن يقع خطأ من جانب عمالها . هـذا ولم يتكلم المشروع على تخصيص مبلغ للضمان [1] يؤخذ منه ما يحكم به من التعويض لمن أصابه ضرر بسبب خطأ عمال الحكومة . وعند عدم انشائه تلزم الحكومة بالتعويض [2]

§ ٦ — فى نقد نظام السجلات العقارية

٦٠١ — يقول أنصـار السـجلات العقارية ، أو نظرية رصد سـندات الملكية ، أنها ليست فى ذاتها المثل الاعلى للكمال ، ولكنها اكثر ضمانا من غيرها من حيث الاضرار الحاصلة من الاخذ بنظرية التسجيل العـادية [3] وان كان لم ينجح العمل بها بانكلترا فى سـنة ١٨٩٧ فان ذلك يرجع على ما يقرره المحققون الى طبيعة الملكية المعقدة عندهم والى أن الملكية هناك ترجع لعادات قديمة ترمى

(١) Fonds de garantie (٢) جرانمولان ص ٢٨٨ ن ٩٦٤

(٣) تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٧ ص ١٣ العامود الاول

فى أصولها الى عهد الاشراف أو حكم النبلاء [١]

ويرى أنصار هذا النظام أنه يقلل من عدد قضايا الاستحقاق التى غصت بها جداول المحاكم . وبه يطمئن المالكون فلا تضطرب الملكية فى أيديهم ، ذلك الاضطراب الظاهر فى الوقت الحاضر

على أن الناقدين يرون فى ادخال هذا النظام ما يخالف تقاليد البلاد وأنه كثير التعقيد فلا تقبله الأمة وانه يلاقى فى مصر صعوبات أشد مما يلاقيه فى غيرها [٢]

ويرد أنصاره بانه لا يخالف تقاليد البلاد لان التعاقد فى البلاد كان حاصلا قبل انشاء المحاكم المختلطة بمقتضى الحجج الشرعية وهى سندات رسمية محررة ومسجلة فى المحاكم الشرعية على يد قضاتها . وتحرير العقود بصفة رسمية بمقتضى المشروع لم يخرج عن كونه رجوعا الى تقاليد قديمة معروفة

ويقول محبذوه لا تعقيد ما دام ان أصحاب الشأن يلجأون الى المأمورين الرسميين المكلفين بتحرير العقود

وختم الناقدون نقدهم بتوجيه اعتراضين على المشروع . فقالوا بانه لا بد فى حالة الاخذ به من وجود تاريع سليم (مسح الاراضى أى فك الزمام) يصح الاطمئنان اليه وليس فى مصر تاريع مستجمع للشروط اللازمة . وقالوا بان التزوير والغش أسهل وقوعا بمصر منها فى البلاد التى جرت على استعمال الدفاتر العقارية

أما أنصار المشروع فيلاحظون على أول النقدين أن التاريع أو فك الزمام بمصر على غاية كبرى من الدقة فهو يصلح الى أن يكون أساساً صحيحا للنظام الجديد [٣] ويلاحظون على ثانى النقدين أنه وان كان نظام رصد سندات الملكية لا يزيل الغش بتاتا الا أنه يعمل على اضعافه وانتقاصه فيحول دون التملك بالتقادم فى أحوال معينة وبوجه عام مطلق بين الجيران . وبهذا النظام يبطل العمل بهذه

---

(١) التقرير ذاته ص ١٣ الهامش ١ (٢) التقرير المذكور ص ١٣
(٣) التقرير المذكور ص ١٣ العامود الثانى و ص ١٤ العامود الاول

المادة ١٠٧ مدنى مختلط الخطرة التى تقول بجواز الاحتجاج بعقد الرهن الرسمى على المالك الحقيقى اذا كان الدائن المرتهن حسن النية وثبتت لديه ملكيـة المدين المرتهن لوجود يده عليه مدة خمس سنوات[1]

ويرى المنتصرون لهذا النظام أن هذه المخاوف لم تقع بالبلاد التى أخذت به ويقولون « وفى ظنى انه لم يقع شىء من ذلك فى البلاد التونسية حيث يشترك أهلها مع أهل بلادنا فى الخلق ودرجه التربية مع أن الضمانات التى وضعها القانون التونسى أقل من التى تضمنها مشروعنا لانه لا يحتم أن يكون السـند رسمياً ويكتفى أن يكون عرفياً مصدقا على الامضاءات الموقعة عليه » اهـ[2]

أما وقد انتهينا من الالمام بماضى نظرية توحيد التسجيل والسجلات العقارية فقد آن لنا الآن أن نأتى بشرح القانون الاخير الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أهلى و ١٩ مختلط

فى قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

تمهـيدات أوليـة

١ — الغرض من هذا القانون

٦٠٢ — ان الغرض من هذا القانون أن يكون نواة لادخال نظام السجلات العقارية أو التسجيلات العقارية (كما يقول القانون) أو رصد سندات الملكية أو الدفاتر العقارية كما قرر ذلك مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ ابريل سنة ٩٢٢ . ولذا جاء القانون فى مجموعه وهو يحقق بعض الامانى المرجوة من المشروعين السابقين مشروع توحيد التسجيل ومشروع السجلات العقارية كما سيتبين لنا ذلك فيما يأتى بعد . وجاء فى صـدر القانون ما يأتى : « وبعـد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ ابريل سنة ٩٢٢ من الموافقة مبدئيا على ادخال نظام التسجيلات

(١) التقرير المذكور ص١٤ وص١٥ (٢) التقرير المذكور ص١٤ فى نهاية العامود الثانى

العقارية فى القطر المصرى ، وحيث أنه يجب قبل ادخال هــذا النظام فى البلاد اجراء بعض تعديلات فى النظام المالى الخاص بالحقوق العينية العقارية .... »

هذا والغرض الذى ينشده الشارع من العمل على ادخال نظام السجل العقارى بمصر هو تلافى العيوب التى لاحظها على نظام التسجيل القديم وهى عدم بيــان العقود الخاضعة للتسجيل بياناً نافياً للشك وعدم تقرير جزاء قانونى عند الامتناع عن التسجيل ، وسوء تحرير أغلب العقود ، وعدم وجود ضمان يمكن الاطمئنان اليه فى تقرير صحة توقيعات المتعاقدين بالامضاء أو الختم [١]

٢ — البدء فى سريان القانون

والعــقود والاحكام التى يسرى عليهـا

٦٠٣ — صدر القانون فى ٢٦ يونيو ســنة ٩٢٣ وقد قرر مبادىء جديدة أبطل بها مفعول مبادىء قانونيــة مقررة من زمن . لذا كان العمل بهذا القانون محفوفاً بمخاوف يجب اخذ الحيطة فيهــا حتى لا يصاب الافراد بأضرار لم يكونوا على علم بمصادرها من قبل. ولهذا السبب رأى الشارع أن لا يعمل بالقانون الجديد الا من أول يناير سنة ٩٢٤ (المادة ١٧)

وقد حدد الشارع بنفس القانون زمن البدء فى العــمل على خلاف العـادة المتبعة فى جعــل القانون نافذ المفعول بعد نشره بالجريدة الرسميــة بمدة يعينها الشارع بالقانون أو بعد مدة ٣٠ يوماً [٢]

ولما كانت هناك عقود وأحكام موجودة قبل أول يناير سنة ٩٢٤ ولا بد أن تبقى محكومة بالقواعد القانونيــة المقررة بالقانون القــديم رأى الشارع ضرورة الاقرار باحترام هذه العقود والاحكام باعتبارها خاضعة لاحكام خاصة وذلك أخذاً بنظرية الأثر اللارجعى (المادة ٢٧ من الدستور المصرى) وقرر بالمادة ١٢ فقرة

---

(١) الهلالى بك ص ٣٦ ن ٦٦ (٢) المذكرة الايضــاحية بمجلة المحاماة المجلد ٣ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ — المادة ٢٦ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ٩٢٣

٢ فيما يتعلق بالاحكام ما يأتى : « ..... وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادىء السارية وقت اكتسابها »

ولذا وجب أن تكون العقود العرفية بعيدة عن كل مطعن فى تاريخها. ولهذا السبب رأى الشارع ضرورة اثبات تاريخها. وقرر بالمادة ١٤ ما يأتى: « لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً ولا على الاحكام التى صدر قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لاحكام القوانين التى كانت سارية عليها ». ومن المحتم هنا ضرورة الالمام بالمبادىء القديمة والحديثة معاً على كل من يشتغل بالقانون لان هذه العقود والاحكام القديمة تظل طول حياتها خاضعة للقواعد القديمة. وعلى ذلك لا تلغى هذه القواعد القديمة بل هى باقية انما اذا ألغيت فانما الغاؤها منصرف الى العقود والاحكام الجديدة. أما هى فهى باقية أخذاً كما قلنا بنظرية الاثر اللارجعى (المادة ١٦)

٣ - التفويض التشريعى لوزارة الحقانية

٦٠٤ — الاصل أن لا تفويض تشريعى فى القانون. فلا يجوز للشارع أن يفوض لهيأة ما التشريع مكانه وبدلا منه. لانه لا نيابة فى التشريع. بل يجب على الهيأة التشريعية أن تشرع بنفسها بلا تفويض ولا انابة. ولكن يحصل أن يكون هناك تفويض تشريعى لا من حيث التشريع الصحيح أى من حيث تقرير أصول وأحكام جديدة بل من حيث تقرير أحكام تفصيلية لتشريع سابق. وذلك أن الشارع يضع القانون أولا ثم يكل الى موظف ادارى العمل على وضع النظم الخاصة بتنفيذ القانون. وربما كان هذا هو ما فعله الشارع المصرى بشأن قانون التسجيل الجديد اذ قرر بالمادة ١٥ منه ما يأتى : « لوزير الحقانية أن يصدر قرارا[1] يبين فيه القواعد[2] التى يسير عليها العمل فى المستقبل فيما يتعلق بمسك دفاتر

(١) Arrêté (٢) Règles

التسجيل[1]. ولم يحصل التفويض هـذا الا بعد أن قرر الشارع الاحكام الجديدة وألغى بها الاحكام القديمة. وقد تناول التفويض أيضاً أن يعمل وزير الحقانيـة فيما فيه الغاء النصوص القديمة التى لا تتفق مع القانون الجديد. أى لوزير الحقانية حق الغاء النصوص التى أصبحت اما ملغاة بنص صريح أو أصبحت وهى تتعارض مع أحكام القانون الجديد. ولذا قرر الشارع بالمـادة ١٦ ما يأتى: « تلغى المواد ٤٧ و٥٢ و٥٥٠ و٦٠٦ و ٦١١ و٦١٢ و٦١٣ و٦١٥ و٦١٦ و٦١٧ و٦١٨ و٦١٩ من القانون المدنى للمحاكم الاهلية. وكذلك يلغى كل نص يخالف هـذا القانون أو يخالف القرار الذى يصدر طبقاً للمادة السابقة وذلك مع مراعاة نصوص المادتين ١٢ فقرة ثانية و١٤ من هذا القانون »

وقرر بالمادة الاولى بالفقرة الاخيرة مايأتى: « .... وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين »

٣ — فى أحكام قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣

٦٠٥ — أما وقد انتهينا من هذه التمهيدات الأولية فقد آن لنا الآن أن نأخذ فى بيان الاحكام الجديدة لهذا القانون ونرى حينئذ تقسيم ذلك الى الاقسام الآتية:

١) فى مبدأ جعل التسجيل شرطا أساسيا لنقل الحقوق العينية العقارية
٢) فى العقود والاحكام الخاضعة للتسجيل
٣) فى الشروط الشكلية للعقود الخاضعة للتسجيل
٤) فى التأشير[2] وأنواعه.

---

(١) Tenue de régistre de transcription يلاحظ أنه يرد بالنسخة العربية ترجمة لكلمة Inscription أى القيد. — وفيما يتعلق بهذا التفويض التشريعى أنظر المذكرة الايضاحية نبذة ١٨ مجلة المحاماة المجلد ٣ ص ٤٦٧ العامود الثانى

(٢) Prénotation

٥) فى نظام دفاتر التسجيل

هذا ولكل قسم من هذه الاقسام الخمسة تفريعات له فى بيان ما أوجزه كل قسم على حدة

١ — فى مبدأ جعل التسجيل شرطاً أساسياً لنقل الحقوق العينية العقارية

٦٠٦ — عرفنا بمقتضى النظام القديم أن التسجيل شرع للغير لا للعاقدين اذ ينتقل الحق العينى العقارى بمجرد الاتفاق والتعاقد عليه ولا ينتقل قبل الغير الا بالتسجيل اذا حافظ الغير من جانبه هو الآخر على قيود القانون (المواد ٤٧ و ٦٠٦ و ٦٠٩ مدنى) فالتسجيل شرع للغير لا للعاقدين

ولقد رأينا عند ما تكلمنا على مشروع السجلات العقارية أن هذا المشروع يقضى بضرورة جعل العقود رسمية ويرمى بذلك الى ابطال العمل بالشرطيات العادية أى العقود العرفية . وأن الموثق نفسه وهو مأمور العقود الرسمية هو الذى يقوم من تلقاء نفسه باجراء تسجيل العقد بحيث لا ينتقل الحق العينى العقارى الا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . فاذا لم يحصل التسجيل فلا ينتقل الحق العينى . واذا لم يحصل العقد رسمياً فيعتبر الاتفاق كأنه لم يكن . ولا ينشىء التزاما بين العاقدين .هذا هو رأى اللجنة الدولية كما رأينا . وأما الحكومة فكانت عرضت بمشروعها أن العقد العرفى غير المسجل لا يعتبر كأنه لم يكن بل هو ملزم بالتعويضات لمن أصابه ضرر من طرفى العقد . بحيث لا يترتب على عدم التسجيل سوى زوال الفائدة المرجوة من العقد فى نقل الحق العينى العقارى . واذا جازت المطالبة بتعويض فانه يجوز لمكتسب الحق مقاضاة خصمه للحصول على حكم يقوم مقام العقد الرسمى حتى يستطيع بذلك تسجيله . وقد أخذت الحكومة فى ذلك بنظرية القانون الالمانى (المادة ٨٧٣ من القانون الالمانى الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٨٨٢)

ويظهر أن الشارع المصرى فى تحضيره لقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ قد تأثر بنظرية السجلات العقارية من ضرورة جعل التسجيل شرطاً أساسياً لنقل الحق العينى العقارى . وتأثر أيضاً بالنظرية المصرية فى مشروعها الثانى الخاص بالسجلات العقارية فى أنه لم يرفع عن العقد العرفى كل أثر له عند عدم تسجيله . وذلك أن الشارع المصرى قرر بالمادة الاولى من القانون الحاضر بأن التسجيل شرط لازم لنقل الحق العينى العقارى وأنه لا يزول كل أثر له بالمرة عن العقد غير المسجل بل يستحيل الى مجرد التزام شخصى ينتهى بتعويض بعد أن زالت عنه مزيته المرجوة منه من قبل فى نقل الحق العينى العقارى . وقال الشارع فى ذلك بالمادة الاولى ما يأتى : « . . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ (١) ولا تنتقل (٢) ولا تتغير ولا تزول (٣) لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم — ولا يكون للعقود غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية (٤) بين المتعاقدين » (٥)

ويترتب على هذه القاعدة الجديدة الاحكام الآتية :

٢ — حجة التعاقد عرفيا

٦٠٧ — يجوز التعاقد بعقد عرفى ، على عكس ما تريده اللجنة الدولية

---

(١) Constitués (٢) Transmis (٣) Éteints (٤) Obligations personnelles

(٥) وقد لوحظ عند وضع القانون باللجنة الخاصة أنه روعى فى تقرير قاعدة تعليق نقل الملكية على شرط التسجيل مبدأ العدالة équité (محضر جلسة ٢٠ نوفبر سنة ٩٢٢) وان هذه القاعدة تقررت ببلاد لم تأخذ بعد بنظام السجلات العقارية ولكنها فى طريق تقريره كالبلاد اليونانية والهولاندية (محضر جلسة ١٠ يونيو سنة ٩٢٢) وأريد بها على الاخص عدم التعرض للمبدأ الدقيق الخاص بحسن نية الغير (محضر جلسة ٢٠ نوفبر سنة ٩٢٢) . وقرر « برناردى » بأنه يجب أن يراعى فى نقل الملكية العقارية القواعد الثلاثة الآتية : أولا . تقرير حق الملكية بطريقة ظاهرة لمن يتصرف فى عقاره : ثانياً . التأكد من أن المالك لم يسبق له التصرف فى العقار : ثالثاً . التأكد بأن الملكية انتقلت بطريقة سليمة صحيحة (محاضرته بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٧٦) وقرر واتليه Wathlet بأن هذه القاعدة تقررت بفرنسا من سنة ١٩٨٠ حتى سنة ١٨٩٧ (محضر جلسة اللجنة الخاصة المذكورة فى أول ديسمبر سنة ٩٢٢)

بمشروعها ، وتحقيقا لرغبة مشروع الحكومة المصرية

٣ — التعاقد ملزم للطرفين

٦٠٨ — ان التعاقد ملزم للطرفين . فان تسجل العقد انتقل الحق العينى للعقار . وان لم يتسجل استحال الى التزامات شخصيه

٤ — لا تنتقل الملكية بمجرد التعاقد

٦٠٩ — بل تنتقل الملكية والحق العينى العقارى بالتسجيل . ولا يملك العاقدان نقل الملكية برضاهما . ورضاؤهما عاجز كل العجز فى ذلك

٥ — فى التسجيل والاوضاع الشكلية

٦١٠ — شرط التسجيل يحكى نوعا ما الشروط الشكلية المقررة للعقود الشكلية [1] بمعنى ان العقد الناقل للملكية يجب أن يكون عقداً شكليا . وشكليته فى تسجيله فاذا لم يتسجل أصبح عاجزاً عن نقل الملكية (وبوجه عام عن نقل الحقوق العقار)

٦ — حسن النية والتسجيل

٦١١ —يجوز للبائع أن يبيع مرة ثانية ويصح البيع الثانى اذا تسجل ولا يصح الاول عند عدم تسجيله — على شرط حسن النية فى القانون القديم (المادة ٢٧٠ مدنى) والقانون الجديد (المادة ٢ العبارة الثانية من الفقرة الثانية) وعبر النص القديم عن حسن النية بالعبارة الفرنسية المعروفة [2] وقال القانون الجديد «اذا داخلها الغش [3] وربما كانت هذه العبارة ترمى الى أن سوء النيه هو التواطؤ التدليسى بين العاقدين لا مجرد علم المشترى (أو مكتسب الحق العينى العقارى بوجه عام) بسبق التصرف فى الحق . وهذا هو ما أرادته الحكومة فى مشروعها الخاص

Entachés de fraude (٣) De bonne foi (٢) Actes solennels (١)

بالسجلات العقاريه اذقالت بأن سوء النية هو التواطؤ التدليسي [١] . أما اللجنة الدولية فانها اكتفت بالقول بأن مجرد العلم لايجعل مكتسب الحق في موقف سيء النية [٢] وعلى ذلك نرى أن مجرد العلم لا يعتبر في قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ مكونا لسوء النية . وهذا يؤكد ما قررناه من قبل في شرح المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدنى [٣]

وعلى ذلك يعتبر سوء النية حائلا دون نقل الحق العيني العقارى حتى ولو حصل التسجيل أى ان التسجيل لا يعتبر اداة لتطهير العقار من كل عيب بحيث يعتبر التسجيل أمارة على الملكية النهائية . بل التسجيل بالقانون الحاضر كالتسجيل بالقانون القديم . وهذا هو نفس ما أراد تقريره مشروع السجلات في أنه قرر قوة الاثبات الكاملة للسجلات على شرطين : أولا) أن يكون مكتسب الحق حسن النية . — ثانياً) أن يكون العقد بعوض . وذلك على عكس ما يريده قانون تورينس [٤]

٧ — في جواز الحصول على حكم لتسجيله

٦١٢ — قلنا ان التسجيل ضرورى لنقل الحق وقلنا انه يحكى الشروط الشكلية للعقود الشكلية فالتسجيل شرط شكلى للعقد ناقل الملكية . وبدونه لا تنتقل الملكية واذا حصل فلا تنتقل الملكية نهائياً اذا كان هناك سوء نية أو تواطؤ تدليسي . وقلنا ان العقد بغير التسجيل زالت عنه فائدة نقل الملكية واستحال الى التزام شخصى . ورأينا أن الحكومة المصرية كانت تريد بمشروعها على خلاف ما تريده اللجنة الدولية أن العقد غير المسجل يصلح لدعوى التعويض

---

(١) Collusion frauduleuse (٢) راجع ما قلناه بشأن قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية . أنظر المادة ١٩ من مشروع السجلات الفقرة الثانية

(٣) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٨ — ٣١٣ « في نظرية سوء النية » وص ٣١٤ — ٣٢١ « في مذهب القضاء المختلط في معنى سوء النية » وص ٣٢١ — ٣٢٢ « في مذهب القضاء الاهلى » — وص ٣٢٢ — ٣٢٣ « في مذهب الفقه المصرى »

(٤) المادتان ٢٣ و ١٢٣ من قانون تورينس باستراليا الجنوبية سنة ١٨٦١ — جرانمولان في التأمينات ص ٢٨٤ ن ٥٩٤ الهامش ١

وللدعوى الخاصة بالحصول على حكم لتسجيله . وبناء على ذلك هل يجوز حينئذ بمقتضى القانون الجديد رفع دعوى للحصول على حكم ثم تسجيله ليحصل نقل الملكية بمقتضى الحكم المسجل أخذاً برأى الحكومة فى مشروع نظام السجلات العقارية وعلى نقيض مشروع اللجنة الدولية ؟ نرى صحة القول بالايجاب ولعل القول بالايجاب هنا يستند الى روح تشريع هذه المادة الاولى من القانون المصرى فى أن الشارع الحاضر لم يشأ أن يأخذ بنظرية اللجنة الدولية من زوال كل أثر للعقد العرفى واعتباره كأن لم يكن . بل الاثر باق وقالت به المادة الاولى من حيث الالتزام الشخصى . وهذا الالتزام يستحيل فى نظرنا اما الى تعويض واما الى أن يكون ذريعة لحكم يطلب فى دعوى حتى بعد الحصول عليه يمكن تسجيله فينتقل الحق العينى بتسجيله . ويمكن القول هنا حينئذ أن عقد البيع لا يعتبر عقداً شكلياً بطبيعته [1] من حيث انعقاد العقد ولكنه يعتبر عقداً شكلياً من حيث انتقال الملكية بل

وربما يجوز القول هنا باحتمال صحة التفرقة بين العقد الرسمى بطبيعته [2] كالرهن التأمينى والعقد العرفى المدنى الذى لا بد فيه من التسجيل فالرهن التأمينى

(١) وقرر موسيو برناردى بجلسة ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٢ باللجنة الخاصة بتحضير قانون التسجيل بان العقد غير المسجل لم يخرج عن كونه وعداً بالالتزام بنقل الملكية والا لزم بالتعويض — (محاضر الجلسات هذه لم تنشر رسمياً كما قلنا فى غير هذا المكان ولكننا قد اطلعنا عليها بوزارة الحقانية وأخذنا منها ما يلزم فى تقرير أحكام قانون التسجيل الجديد) — وقرر بالجلسة نفسها بيولا كازيللى بأنه يلفت نظر اللجنة الى النص القديم الموضوع سنة ٩٠٤ القائل « بأن الملكية لا تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير الا بالتسجيل . على أن مجرد اتفاق الطرفين يجعل المشترى الظاهر acquéreur apparent بمثابة دائن لا يجوز له فقط حق المطالبة بتعويض عند عدم حصول القيد رسمياً بل يجوز له حق رفع دعوى للحصول على حكم يحل محل العقد الرسمى ويجوز تسجيله » ثم أخذ بيولا كازيللى يتساءل فيما اذا كان من الجائز للمشترى طبقا للقانون الجديد حق رفع دعوى للحصول على حكم لاجل تسجيله . وأقر بيولا كازيللى صحة هذا الرأى . ورأى المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى انه بعد تقرير قاعدة أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل يصبح ترك الفصل فيما يتفرع عن هذه القاعدة من الاشكالات للقضاء نفسه . واقترع وقتئذ بيولا كازيللى لهذه المناسبة ضرورة انقاص رسوم التسجيل لان التجربة والعادة اتفقتا على أن التنقيص يتبعه دائماً زيادة الايراد .

(٢) Acte authentique

لا ينعقد بتاتاً الا بحصوله رسمياً . فاذا حصل عرفياً اعتبر العقد كأنه لم يكن حتما. وهذا على خلاف العقد العرفى الخاضع للتسجيل لانه اذا لم يسجل فان له التزاماً شخصياً ناشئاً عنه . وبينما الاول زائل كل الزوال اذا لم يحصل رسمياً ، بينما الثانى باق اذا لم يحصل تسجيله ، وباق فى بعض نتائجه لافى كلها ، اذ تزول عنه فقط فائدة نقل الحق العينى العقارى

واذا اتفق عاقدان على أن يعملا عقداً رسمياً فاما أن يكون العقد الرسمى رسمياً بطبيعته واما رسميا برضاء الطرفين . فاذا امتنع أحدهما عن عمل العقد الرسمى بطبيعته فلا يملك القاضى اكراهه على عمله لان فى هذا الاكراه مساسا بالحرية الشخصية فى الحضور شخصيا أمام الموثق فى عقد يستحيل وجوده الا برسميته . وأما اذا كان العقد عرفيا بطبيعته وانما أراد أحد الطرفين أن يكون رسميا وهو يرجو بذلك ضمانات خاصة فانه تجوز المقاضاة فيه أيضا ولكن لا يجوز صدور حكم بالزام الخصم بالحضور أمام الموثق لمخالفة ذلك للحرية الشخصية . انما لما كان العقد بطبيعته عرفيا لا رسميا فانه يجوز أن يحل الحكم محل العقد الرسمى ويمكن الاستفادة منه بجميع الضمانات المقررة للعقود الرسمية

والذى نقول به جملة انه اذا تخاصم البائع مع المشترى مثلا على بيع فاما أن يكون البيع ثابتا بعقد كتابى أم لا . فان كان غير ثابت بالكتابة ورفعت الدعوى وثبت البيع بأوجه طرق الاثبات الاخرى المقررة قانونا يصح اعتبار الحكم بمثابة العقد . وعلى ذلك يجوز تسجيله ونقل الملكية به . وان كان ثابتا بالكتابة وحصل نزاع بشأنه من حيث الرضاء أو محل العقد أو سببه أو طعن فيه بالانكار أو التزوير ، أو أبى أحد الطرفين الحضور أمام الموظف المنوه عنه بالمادة ٢ من قانون التسجيل الجديد للتصديق على الامضاء أو الختم فرفع خصمه عليه دعوى تحقيق الامضاء أو الختم طبقا للمادة ٢٥٢ مرافعات وما بعدها ، أو طعن فى العقد بأى مطعن ثم صدر الحكم بعد ذلك كله بصحة العقد ، جاز تسجيل الحكم واعتبر التسجيل ناقلا للملكية والبيع على هذا الاعتبار يظل حافظا لشكله

فى أنه من العقود الرضائية لا من العقود الشكلية الخاضعة لقيود شكلية خاصة[١] وانما أثر الشكلية هنا منصب فقط على نقل الملكية بالتسجيل . لانه مع القول فى أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل فان ذلك لا يفيد البتة بان عقد البيع ذاته لا يتم الا بالتسجيل . وعقد البيع فى ذاته عقد صحيح باعتباره ملزما . والتسجيل طارئ فى أنه يؤمن على ما التزم به البائع . وان قيل بأن التسجيل يقضى حتما بوجود الكتابة وأنه يترتب على ذلك أن يصبح عقد البيع عقداً شكلياً لا بد فيه من الكتابة فهذا غير وجيه أيضاً لاننا قدمنا أن البيع الحاصل بلا كتابة يصح اثباته بأوجه الطرق القانونية ويصدر حكم ويسجل الحكم باعتباره حل محل الكتابة [٢] وعلى ذلك نرى أنه لوكان عقد البيع عقداً شكلياً غير رضائى ، أى عقد لا يوجد فى عالم القانون الا بتوافر شرط الشكلية كعقد الرهن التأمينى أو الهبة مثلا ، لما ملك القاضى حق اصدار حكم ليحل هذا الحكم محل الشرط الشكلى كما بينا ذلك بمكانه . والتسجيل حينئذ شرط لنقل الملكية لا للبيع . وعقد البيع شىء وتسجيل عقد البيع شىء آخر . فالبيع ملزم والتسجيل ناقل للملكية

والتسجيل ليس وقفاً على البيع انما هو خاص كما سيتبين ذلك فيما بعد بالعقود والاحكام الناقلة (أو المعدلة الخ . . .) للحقوق العينية العقارية بوجه عام . ولم يدخل التسجيل الى التشريع المصرى ليجعل العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية عقودا شكلية لا تحدث التزاماً بين الطرفين الا بشرط شكلية التسجيل . بل تقرر التسجيل ليكون مؤذنا بنقل الملكية المرجوة فى الاصل من العقد

وقد يلاحظ الناقدون العصريون من أهل القانون [٣] ان فى التسجيل عودة الاوضاع الشكلية [٤] والاجراءات العلنية التى حفت بالقانون فى عهده الاول فى نقل الملكية وغيرها من الحقوق عند ما أخذ علم القانون يخطو خطواته ويدرج فى منابته الاولى من ظهوره . ولما نما علم القانون وتشعبت أصوله تحرر من قيوده

---

(١) الهلالى بك ص ٥١ — ٥٢ ن ٨٥ (٢) الهلالى بك ص ٥٢ ن ٨٥

(٣) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٨٢ ن ٩٥١ (٤) Formalisme

الاولى هذه وأخذ يقضى بصحة الالتزام ونفاذه بين طرفيه لمجرد التعاقد عليه.
وها القانون الحاضر يرجع الى قيوده الاولى وأوضاعه الشكلية القديمة فلا يقضى
بنقل الملكية الا اذا حفها هذا القيـد الشكلى العلنى وهو قيد شرط التسجيل
ولكن ان صح القول بانه فى تسجيل ٢٦ يونيو سـنة ١٩٢٣ رجوعا بالاوضاع
الشكلية الأولى من حيث تعطيل العمل بحرية ارادة العاقدين ، فانه لا يفوتنا أن
تسجيل اليوم لم يكن فى عدم توافره بالعقد نفياً لأثر العقد انما فيه تعطيل لغرض
من أغراض العقد فقط . وفرق كبير بين قيد شكلى يعطل كل التعطيل وقيد شكلى
لا يحقق كل أغراض العقد

٨ — الهلاك بعد قانون ٢٦ يونيه سنة ٩٢٣
وفى قيمة العقد بوجه عام قبل تسجيله

٦١٣ — نعرف أن الهلاك[1] على المالك . ويستثنى من ذلك البيع ، اذ الهلاك
فيه على البائع قبل التسليم[2] ويلحق بالبيع البدل أو المقايضة[3] فاذا حصل رهن
رسمى أو عقارى فالهلاك فيهما على المدين الراهن سواء حصـل فى ثانيهما تسليم
أم لا . واذا حصل بيع وتسجيل ولم يحصل تسليم فالهلاك على البائع أيضاً طبقا
للمادة ٢٧٤ / ٣٧١ مدنى التى لم يمسها قانون التسجيل والتى يعتبرها بعض رجال
الفقه بمصر نتيجة من نتائج المادة ١٧٩/٢٤٢مدنى القائلة بأنه « اذا انفسخ التعهد
بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقه به»[4]

وأما اذا حصل بيع وتسليم ولم يحصل تسجيل فعلى من يكون الهلاك ؟ فهل
يكون الهلاك على البائع باعتبار أنه لا زال مالـكا بسبب عدم التسجيل وبرسم
حصول التسليم من جانبه . لا يمكن الاخذ بهذا الرأى لما يأتى : أولا . لانه بمجرد
أن تم التعاقد بالبيع والبائع سلم العقار برئت ذمته وقتذاك من جميع الالتزامات

---

(١) Risque (٢) الالتزامات ص ٢٠٨ ن ٢١٨ — والعقود للهلالى بك
ص ٣٠٥ — ٣٠٧ ن ٤٧٩ — ٤٨١ (٣) دى هلس ج ٤ ص ١٥٠ ن ١٢ —
الهلالى بك ص ٢٠٧ الحاشية ١ (٤) Obligations corrélatives - الهلالى بك
ص ٣٠٥ ن ٤٧٩

التى اشتغلت بها ذمته من جراء البيع ، وعلى الاخص اذا سلم المشترى عقد البيع وأصبح لا يوجد حائل من جانب البائع يحول دون المشترى فى تسجيله لعقده.

ثانياً . ان المشترى وقد اشترى وأخذ العقد واستلم العقار لا يستطيع بعد ذلك مطالبة البائع بالتزام ما يترتب على البيع . ويصبح أمر التسجيل وقتئذ من عمل المشترى . فاذا لم يسجل وجب عليه وحده أن يتحمل نتيجة عمله سواء كان عدم التسجيل ناشئاً عن خطأه بوجه عام كالاهمال أو عن أمر جبرى أو قهرى (على أنه يجب أن يلاحظ فى حالة خطأ المشترى ورجوعه على البائع عند هلاك التعاقد تحت يده أى يد المشترى قبل التسجيل ، انه يجوز للبائع أن يدفع دعوى المشترى بدفع الغش[1] وهو الدفع الذى كان معروفا عند الرومان والذى قرره البريتور الرومانى فى سبيل تخفيف وطأة شدة الاخذ بالاوضاع الشكلية والقيود الرومانية الثقيلة التى كانت معروفة عند الرومان . وما لنا الآن حاجة الى هذا الدفع وقد تحررت العقود فى الاوقات الحاضرة من تلك القيود القديمة) . واذا كان لا يصح أن يستفيد المشترى من خطأه فيما اذا لم يسجل العقد وهلك العقار تحت يده ، فلا يجوز له الرجوع على البائع الذى برئت ذمته مما التزم به بعقد البيع ، فانه لا يجوز من طريق آخر تحميل البائع هلاك العقار فى يد المشترى فى حالة الحادث الجبرى أو القهرى الذى حال دون المشترى وتسجيل عقده . لان البائع وقد سلم العقد والعقار وتقاضى دينه وانصرف لا يلزم بشىء ما من جراء العقد . ومتى انقطعت به الرابطة مع المشترى فلا محل للقول باعادة هذه الرابطة وتحميل البائع هلاك العقار . وعلى ذلك يجب أن يتحمل المشترى بالهلاك لان العقار أصبح فى حيازته ، ولان الهلاك لا يلزم به البائع الا اذا لم يحصل تسليم . أى اذا ظل فى حيازته . لان فى بقاء الحيازة بيد البائع معنى بقاء رابطة الالتزام بين البائع والمشترى ، ومعنى جعل الهلاك عليه ما دامت ذمته لم تبرأ من التزام التسليم .

(١) Exception de dol

ثالثاً . ان قانون التسجيل الجديد لم يغير من قاعدة الهلاك على البائع قبل التسليم . ومن الهلاك على المشترى بعد التسليم . لان مبدأ الهلاك لا يتصل بنقل الملكية انما يتصل بالحيازة . أليس البائع قبل التسليم معتبراً فى نظر القانون غير مالك فى عهد القانون القديم . وأن المالك الذى يجوز له الانتفاع بارتفاع الاسعار هو المشترى ؟ فالهلاك حينئذ لا يرتبط بمن كان مالكا انما يرتبط بمن كان حائزاً سواء كان ذلك فى عهد القانون القديم أو القانون الجديد

وان قيل بان فى عدم التسجيل طبقاً لقانون التسجيل الجديد حق الاباحة للبائع فى التصرف ثانيا لبقاء الملكية لديه حتى مع حصوله وأنه يترتب على ذلك أن يكون الهلاك عليه لا باعتباره هذه المرة حائزاً بل باعتباره مالكا ، لقلنا بأن محل ذلك اذا ارتكب البائع خطأ وتصرف ثانيا . لان فى تصرفه الثانى معنى عدوله عن التعاقد واسترداد ما نزل عنه من الحقوق المقررة له من قبل على العقار . وأى أنه يصبح بالبيع الثانى وقد الغى البيع الاول وعادت له حقوقه عليه وأصبحت يد المشترى بعد ذلك يد عارضة لا يد شخص تقررت له حقوق بصفة نهائية على العقار

هذا ويجب أن يلاحظ بان البيع قبل تسجيل العقد بيع بالمعنى القانونى . اذ فيه البائع والمشترى . وكل منهما محمل بواجبات وله حقوق . ويجوز المطالبة بهذه الحقوق والواجبات قبل التسجيل . وليس أدل على ذلك أكثر من أنه اذا لم يثبت العقد بالكتابة فانه يجوز رفع دعوى وطلب الحكم بحصول البيع (ويرجع فى اثبات البيع الى قواعد الاثبات المقررة قانونا) ويصدر الحكم باثبات البيع لا بتثبيت الملكية . ثم يسجل هذا الحكم . وبتسجيله تنتقل الملكية طبقا للمادة ٢ من قانون التسجيل التى لم تخرج فى الحقيقة عن كونها تطبيقا للمادة ٢ فقرة ٢ الحالة الثالثة من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى وهى القائلة بوجوب تسجيل الحكم المؤيد لتعاقد شفوى عن حق عينى عقارى . وعلى ذلك لا يملك أحد العاقدين فى البيع (أو فى كل عقد آخر خاص بحق عينى عقارى خاضع

للتسجيل طبقا لقانون التسجيل الجديد) الفرار من واجباته والأضرار بحقوق الآخر . فاذا لم يتسجل العقد وحصل التسليم ولم يدفع الثمن جاز للبائع المطالبة به بدعوى أمام القضاء ويجب الحكم فيها بالثمن . كذلك يجوز للمشترى مطالبة البائع بالتسليم مع عدم حصول تسجيل العقد ويجب الحكم بالتسليم . كل ذاك لان عقد البيع قبل التسجيل هو عقد بيع بالمعنى القانونى الصحيح ولا ينقصه الا التسجيل ليكون ناقلا للملكية . ولا يمكن اعتبار عقد البيع قبل التسجيل عقداً غير نافذ على العاقدين باعتباره بيعا، لانه لو قيل ذلك لما ترتب مطلقا على التسجيل جعله نافذاً . لان العقد الباطل قبل التسجيل يظل باطلا بعده أيضا. وذلك أخذاً بالقاعدة المعروفة فى التسجيل الماضى والحاضر أيضاً فى أن التسجيل لا يصحح العقود الباطلة ولا يرفع عنها ما شابها من العيوب بل تظل عيوبها لاصقة بها. وعلى ذلك اذا لم ينعقد عقد البيع صحيحاً بأن لم يتوافر ركن من أركانه أو شرط من شروطه فلا يعتبر بيعاً ولا ينفع فيه التسجيل . والعقد قبل التسجيل لاجل أن يكون ناقلا للملكية بالتسجيل يجب فيه أن يكون صحيحاً من الوجهة القانونية . ومتى كان صحيحاً فهو ملزم لطرفيه بصرف النظر عن التسجيل ، ذلك لان التسجيل الذى لم يشرع الا لنقل الملكية وتقرير الحق العينى العقارى بوجه عام ولم يلغ الاحكام العامة المقررة فى العقود من حيث الواجبات والحقوق ، انما قصر أثره على مفعول ارادة العاقدين فى نقل الحق العينى العقارى

ولعلنا نذكر بعد ما قررته المذكرة الايضاحية فى تعليل مبدأ التسجيل الجديد وما رجعت فيه الى ما علات به اللجنة البلجيكية للقانون البلجيكى بشأن جعل التسجيل شرطاً لازماً لنقل الملكية بالنسبة للغير والعاقدين ايضا . ذلك انها رأت أن الحق الشخصى حجة على العاقدين فقط . والحق العينى حجة عليهما وعلى الكافة ..وأنه لا بد من التسجيل ليكون جامعاً فى الحجة على الاثنين والغير معا . فاذا اعتبر ناحيتئذ التسجيل بعصر الآن شرطا لازما لنقل الملكية فليس معنى

ذلك أن العقد غير المسجل أصبح باطل المفعول والاثر بالمرة . بل هو ذو أثر فى تقرير التزام شخصى ، وهذا على خلاف ما قرره مشروع تسجيل السجلات العقارية الذى رأى نفى كل أثر بالمرة للعقد غير المسجل . ويستحيل أن يكون العقد غير المسجل ذا أثر بين العاقدين فى تقرير التزام شخصى فيما اذا انعقد باطلا . فاذا انعقد صحيحا فهو معد لنقل الملكية أو لتقرير التزام شخصى ، مع اعتباره فى الحالتين عقد بيع

وانا لا نقول بأن فى تقرير التسجيل الحاضر شرطا لازما لنقل الملكية قد جعل الشارع العقود الناقلة لحقوق عينية عقارية عقوداً خاضعة فى أصلها وتكوينها الى أوضاع شكلية[1] بحيث بدونها لا ينعقد العقد . لا نقول ذلك . لان هذا الشرط الشكلى فى البيع الحاضر من ضرورة التسجيل لنقل الملكية لا يعتبر فى ذاته شرطا لازما لانعقاد البيع . ويجب التفرقة هنا بين الشروط اللازمة لانعقاد البيع ، والشرط اللازم لنقل الملكية . فالشروط اللازمة لانعقاد البيع ترجع لاصول الاحكام المقررة بالقانون المدنى . وأما شرط نقل الملكية فانه يرجع للتسجيل . ولذا قال قانون التسجيل الجديد بالغاء المواد المدنية الخاصة فقط بقاعدة مجرد الاتفاق ملزم للعاقدين (المادة الاولى منه الفقرة الاخيرة وهى تشير بطبيعة الحال الى المواد ٤٥/٦٨ مدنى فيما يتعلق بالعقارات والمادة ٩٠/١٤٤ مدنى . وأما المادة ١١٨/١٧٤ مدنى فانها لم تتأثر بقانون التسجيل طالما انه لا يتقرر حق عينى عقارى آخر بعقد مسجل . وكذلك قرر بالمادة ١٦ الغاء المواد المتعلقة بنقل الملكية أو تقرير حقوق عينية عقارية بمجرد التعاقد عليها) ولم يتعرض للمواد الاخرى الخاصة بالبيع وغيره . بمعنى أن التعاقد بين الطرفين وغير المسجل ملزم لهما باعتباره معداً لنقل الملكية . وانما يستحيل العقد الى التزام بالتعويض فيما اذا لم يسجل العقد ويكون مثلا قد ترتب للغير حق عينى عقارى بعقد مسجل . فاذا بيع العقار أولا بعقد غير مسجل ثم بيع بعقد آخر مسجل ثم تسجل الاول

(١) Actes solennels

بعد الثانى تفذ الثانى على الاول ، لا أخذاً بنظرية الاسبقية فى التاريخ بل أخذاً بأن فى عدم تسجيل العقد الاول بقاء للملكية فى يد البائع وأن المشترى الثانى انما اشترى عقاراً مملوكا للبائع له . فى مثل هذه الحالة يستحيل العقد الاول غير المسجل الى التزام بالتعويض . ولا يجوز وقتئذ للمشترى الاول المطالبة بالتسليم كما لا يجوز للبائع المطالبة بالثمن . انما يجوز ذلك اذا لم يتقرر للغير حق بالتسجيل (قارن المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدنى)

قلنا ان التسجيل لا يعتبر من الشروط الشكلية اللازمة لعقد البيع . ونريد بذلك أنه لا يعتبر شرطاً لازماً لانعقاد العقد الخاص بتقرير عينى عقارى بوجه عام، كما هى الحال بالنسبة لشرط الرسمية مثلا فى عقد الرهن العقارى غير الحيازى[1] أو عقد الهبة أو عقد الاستبدال فيما يتعلق بنقل الضمانات المقررة للدين الاصلى للدين الجديد (المادة ١٩١ / ٢٥٥ مدنى) وقد سبق أن بينا ذلك فى مكانه

٩ — أسباب شرعية التسجيل بقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣

أسباب عملية محلية وأسباب علمية قانونية بحت

٦١٤ — الاسباب على نوعين :

١ — **الاسباب العملية المحلية** : هال الشارع ما رآه من أن الناس يكتفون بمصر باثبات تاريخ العقد العرفى وهم يظنون فى ذلك الكفاية لحفظ حقوقهم قبل أنفسهم وقبل الغير وهم يطمئنون الى أن البائع أو الراهن مثلا لا تأخذه نزعة الجشع الى الحاق الاذى بهم من تصرف ثان وثالث اضراراً بهم لانهم يثقون به أو لان قيمة الصفقة هى من الضئولة بحيث لا تحتاج الى صرف فى اسفار للتسجيل[2] لذا رأى الشارع أن يقرر للتسجيل جزاء آثر فى الشدة وأوقع فى المال فجعل التسجيل شرطا أساسياً لانتقال الملكية ، باعتبار أن ذلك شرط أساسى أيضاً لنظام السجلات العقارية

(١) Hypothèque

(٢) المذكرة الايضاحية بمجلة المحاماة ٣ ص ٤٥٩ نبذة ٤ العامود الاول

وأراد الشارع بلزوم التسجيل فى نقل الملكية حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المقصود من عبارة « غير المتعاقدين » و « من يدعى حقاً عينياً » أو « من له حقوق عينية على العقار وحفظها بموافقته للقانون » وعبارة حسن النية وسوء النية (المواد ٦١١ / ٧٣٧ و٦١٥ / ٧٤٢ مدنى)[١]

٦١٥ — ٣ — الاسباب العلمية القانونية البحت : لاحظ الشارع المصرى أن المبدأ فى نقل الملكية بمجرد الاتفاق وبحكم التعاقد وعدم نقله بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، وهو المبدأ الذى قرره الشارع الفرنسى وأخذه عنه الشارع المصرى ، مبدأ قد تناوله الناقدون بالتجريح لما أثاره من الصعوبات فى مجالات العمل . ولما رأت بلجيكا ضرورة تعديل قانونها المدنى شكلت لجنة لهذا الغرض . وقررت هذه اللجنة بمشروعها الابتدائى عدم الاخذ بالمبدأ الفرنسى (المصرى) وأوصت بأن انتقال ملكية العقارات يتم متى أشهر البيع بالطريقة المنصوص عليها فى باب الامتياز والرهن العقارى[٢]

أى ان اللجنة البلجيكية ترى أن مجرد الاتفاق لا يكفى فى نقل الملكية . وعللت ذلك بشرح التفرقة العلمية المعروفة بين الحق الشخصى والحق العينى . اذ رأت أن الحق الشخصى يربط العاقدين فقط ولا شأن للغير بهما . وأما الحق العينى فهو يتعدى فى أثره دائرة العاقدين اذ يصبح حجة على الكافة . ولا يصح فى مثل هذا الحق العينى أن يكون وليد اتفاق العاقدين فقط بل يجب أن يكون معلوماً أيضاً لدى الغير ما دام أنه حجة عليهم . وان العلم هذا لا بد فيه أن يكون حاصلا من طريق التسجيل ولا بد فى التسجيل أن يكون الزاميا حتى يكون التعاقد بذلك جامعا بين مزية ضمان الالتزام الشخصى الحاصل من العقد والالتزام العينى الحاصل منه أيضا . فيصبح العقد حجة على العاقدين وعلى الغير معا . ورجع الشارع فى ضرورة التسجيل لنقل الملكية الى بعض الشرائع الاجنبية التى لم تتمكن حتى

(١) المذكرة المذكورة ص ٤٦٠ العامود الاول (٢) المذكرة المذكورة ص ٤٥٩ العامود الثاني .

الآن من ادخال نظام تام للسجلات العقارية كقانون اليونان وهولندا[1]

انتهينا من القسم الأول ولننظر الآن فى القسم الثانى من الاقسام الخمسة

٩ — فى العقود والاحكام الخاضعة للتسجيل

٦١٦ — رأينا أن الفكرة التى شغلت الشارع هى ضمان نقل الحقوق بالنسبة للغير . والمفهوم من ذلك كله أن الغرض بالحقوق هى الحقوق العينية العقارية أى الحقوق التى لا يمكن نقلها من يد الى يد . وأما هذا النوع الاخير وهو الخاص بالمنقولات فأمر النقل فيه معقود بالحيازة والقاعدة المشهورة فى أن الحيازة فى المنقول سند الملكية

فما هى اذن العقود والاحكام الخاصة بالحقوق العينية العقارية والتى تخضع للتسجيل الجديد ؟ نعلم أن الشارع عين بالمادة ٦١١ / ٧٣٧ مدنى هذه الحقوق وهى الحقوق العينية القابلة للرهن الرسمى وحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى الحيازى . فكل عقد يتعلق بهذه الحقوق من حيث تقريرها أو انقضائها يجب تسجيله حتى يكون حجة على الغير . ويراد بالغير كل فرد ادعى حقا من هذه الحقوق على العقار واكتسبه بالطريق القانونى . وجعلت المادة المذكورة التسجيل فى نقل هذه الحقوق بغير الوفاة . وقررت المادة ٦١٢ / ٧٣٨ مدنى ضرورة تسجيل الاحكام المظهرة[2] أو المنشئة[3] لهذه الحقوق وذكرت المواد الاخرى ضرورة تسجيل بقية الحقوق الاخرى (المواد ٦١٣ و٦١٤ مدنى)

ولكن لما عزمت الحكومة على توحيد أقلام التسجيل وادخال نظام السجلات العقارية بمصر تقرر بمشروع هذا الاخير أن تكون العقود الخاضعة للتسجيل هى : أولا . العقود المقرر تسجيلها من قبل وبمقتضى القانون القديم . ثانيا . العقود والاحكام المظهرة[4] للحقوق العينية العقارية والعقود الناقلة[5] ثالثا .

---

(١) المذكرة ص ٤٠٦ العامود الاول (٢) Déclartifs (٣) Constitufs

(٤) Déclaratifs (٥) Translatifs

العقود والاحكام الخاصة بطريقة الانتفاع بحق ارتفاق مقرر قانونا[1] وما يستلزم ذلك من التعويضات[2]. رابعاً. العقود الناقلة أو المظهرة للحكر أو الخاصة بما يشبه التصرف[3] كالوقف، كما ذكر أيضاً بمشروع توحيد أقلام التسجيل. خامساً. انتقال الملكيـة بسبب الوفاة. سادساً. الاسقاط أو الحلول اذا كان الدين مضمونا بتأمين عينى عقارى كامتياز أو رهن رسمى أو غير ذلك. سابعاً. أسباب فقد الاهلية كالحجر والصغر (أنظر المـادة ١٤ من مشروع السجلات العقارية وقد سبق أن بينا ذلك كله فى مكانه) ثم ذكرت المادة ١٥ من مشروع السجلات العقارية الانواع الاخرى الخاضعة للتسجيل وهى عقود الايجار لمدة تزيد عن تسع سنوات وايصالات الايجار لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات وتنبيه الحجز العقارى وحكم الافلاس

أما قانون ٢٦ يونيو فانه لم يقل بالتسجيل فى هذه الاحوال السبعة بل أخذ ببعضهـا دون البعض الآخر، ورأى أولا ضرورة تقسيم العقود والاحكام الى نوعين كما يستفاد ذلك من المذكرة الايضاحية. والنوع الأول خاص بالعقود والاحكام غير المقررة للحقوق[4] والنوع الثانى خاص بالعقود والأحكام المقررة للحقوق أى المظهرة لها[5] وها نحن نبين كل نوع على حدة

§ ١ — الطائفة الاولى — العقود والاحكام المنشئة للحقوق

٦١٧ — ذكرت المادة الاولى بالفقرة الاولى من قانون ٢٦ يونيو هـذا النوع بما يأتى: « جميع الحقوق الصادرة بين الاحيـاء[6] بعوض[7] أو بغير

---

(١) Mode d'exerice d'une servitnde légale (٢) Indemnité
(٣) Semi-aliénations (٤) المذكرة المذكورة النبذة ٤ ص ٤٦٠
(٥) المذكرة النبذة ٥ ص ٤٦٠ (٦) Actes entre viis
(٧) à titre onéreux

عوض[١] والتى من شأنها انشاء[٢] حق ملكية[٣] أو حق عينى عقارى آخر[٤] أو نقله[٥] أو تغييره[٦] أو زواله[٧] وكذلك الاحكام النهائية[٨] التى يترتب عليها شيء من ذلك يجب اشهارها[٩] بواسطة تسجيلها[١٠] فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن والاختصاصات العقارية»[١١]

فما هى اذن القيود والاحكام الخاضعة للتسجيل بهذه الفقرة من المادة الاولى وما هى الشروط التى لابد من توافرها فيها حتى تخضع للتسجيل ؟

انا نرى الآن هنا محلا لاستعراض بعض الاصول القانونية المعروفة فى عهد القانون القديم لنتبين ما اذا كانت أحكامها القانونية قد تغيرت بقانون التسجيل الجديد أم لم تتغير

ولعلنا نذكر بعد اننا قلنا بأن العقود والاحكام الخاضعة للتسجيل فى العهد القديم على ثلاثة أنواع : (١) العقود بعوض بين الاحياء الناقلة للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية — (٢) التبرعات — (٣) الايجارات الزائدة مدتها عن تسع سنوات وايصالات الايجار المدفوع مقدما عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات . ونرى الاشارة هنا الى حكم كل من هذه الانواع الثلاثة بعد صدور القانون الجديد

---

(١) à titre gratuit (٢) Ayant pour effet pe constitu :r
(٣) Droit de propriété (٤) Autre droit réel immobilier
(٥) Transmettre (٦) Modifier (٧) Éteindre
(٨) Jugements passés en force de chose jugée (٩) Rendus publics
(١٠) Transcription (١١) عبارة المحكمة الشرعية لم ترد بالقانون المختلط

النوع الاول : فى العقود بعوض بين الاحياء والناقلة
للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية

٦١٨ — ويشمل هذ النوع ما يأتى :

أولا — الحقوق العينية العقارية

٦١٩ — وهذه الحقوق هى :

١) الحقوق بين الاحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن وهى الملكية وحق الانتفاع العقارى . هذه الحقوق لا تقرر بين الطرفين الا بالتسجيل . واذا كانت لا تقرر بين العاقدين الا بالتسجيل فهى لا تكون من باب أولى حجة على الغير الا اذا تسجلت

٢) العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى . وحكمها حكم ما تقدمها

٣) عقود القسمة عن قسمة طبيعية . وردت عقود القسمة بالقانون الجديد بالمادة ٢ وعقد القسمة عقد مؤيد للملكية أى مظهر لها ، لا منشيء ولا مثبت لها. وما دام أن عقد التمليك الاصلى مسجل ، وهو العقد المملك للشركاء على الشيوع ، اذ بدون التسجيل لا تنتقل اليهم الملكية ، فكان يجب أن لا يسجل عقد القسمة ما دام أن عقد القسمة مؤيد للملكية سابقة ومسجلة وذلك طبقا لما قررناه فى تفسير المادة ٢ المذكورة . ولكن لا يفوتنا هنا أن عقد القسمة يختلف عن العقد المؤيد العادى لانه بعقد القسمة يتعين نصيب الشريك تعييناً محدوداً بعد أن كان مشاعاً . أى ان عقد القسمة يزيد عن العقد المؤيد العادى فى أنه حدد النصيب المشاع ، ويتفق معه فى انه أيد الملكية السابقة . ولسبب هذه الزيادة ، وهى الخاصة بالتعيين بعد المشاع ، حتم الشارع المصرى ضرورة تسجيل العقد .

ونرى هنا ضرورة استبقاء الأخذ بالنظرية المعروفة فى عهد القانون القديم بشأن القسمة فى أن تسجيل عقد القسمة لا يكون الا اذا كانت الملكية الاصلية الشائعة ناتجة عن غير الميراث . أما اذا كانت ناتجة عن الارث فلا محل لتسجيل عقد القسمة ، لان الملكية الموروثة لا تخضع للتسجيل سواء كانت فى أصل تملكها شائعة أو فى تعيين أنصبة المالكين على الشيوع . وهذه النظرية قضائية بحت اذ قررها القضاء المختلط كما ذكرنا. ولم يشر القانون الجديد الى مخالفة هذه القاعدة لا بأحد نصوصه ولا بالمذكرة الايضاحية ولا بمحاضر جلسات اللجنة الخاصة التى وضعت قانون التسجيل الجديد

٣) الرهن الحيازى العقارى . ولا بد من تسجيل عقده حتى يكون نافذاً على الطرفين وعلى الغير معاً . ولا بد أيضاً من تسجيل عقد ايجار العقار المرهون الصادر من المرتهن الى الراهن حتى يكون حجة على الغير طبقاً لقانون ١١ دسمبر سنة ٩٢٣ كما بينا ذلك فى مكانه . كما أنه لا قيمة لهذا العقد اذا أفرغ فى قالب بيع وفائى وأريد بشرط الوفاء اخفاء هذا الرهن[١]

والحقوق العينية ، وهى الحقوق التبعية التى لا تخضع للتسجيل لتكون حجة على الطرفين ،هى ما يأتى :

١) الرهون التأمينية اذ يكفى فيها القيد . وفى ذلك تقول المادة الاولى من قانون التسجيل « ... مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية »

٢) حق الحبس . وحكمه أن يتقرر بين العاقدين بلا تسجيل

٣) الاجارة الطويلة غير معينة المدة [٢] لا تخضع للتسجيل أيضاً

٤) الحكر . لا يخضع للتسجيل

---

(١) أنظر المادتين ٣٣٨ و٣٣٩ الجديدتين اللتين قررهما قانون ١١ ديسمبر سنة ٢٣ المذكور

(٢) Emphytéose

٥) العقد ذى الاجارتين كذلك لا يخضع للتسجيل

هذا وأما الحقوق العينية العقارية الآيلة بالميراث فانها غير خاضعة للتسجيل وهذه القاعدة هى نفس القاعدة المقررة فى عهد القانون القديم وهى تخالف القاعدة التى أقرها مشروع السجلات العقارية كما رأينا [١]

ثانياً . العقود بين الاحياء

الناقلة أو المنشئة

٦٢٠ — هذه العقود كما قلنا على أنواع كثيرة :

١) العقود الناقلة والوعد بالبيع والوفاء بمقابل [٢] وتقديم عقار بمثابة حصة للشريك فى شركة . كل ذلك يجب تسجيله حتى يكون نافذاً على العاقدين والغير معاً . والصلح كذلك يجب تسجيله اذا تعلق بالاسقاط عن عقار غير متنازع فيه أو تعلق بعقار متنازع فيه وكان عقد تمليكه الاصلى غير مسجل . أما اذا كان عقد العقار المتنازع فيه مسجلا فلا محل لتسجيل الصلح الذى أقر صاحبه عليه ، اذ عقد الصلح يعتبر مؤيداً لعقد سابق مسجل . وهذا تضييق للقاعدة التى قررناها فى تفسير المادة ٢ من قانون التسجيل الجديد [٣]

٢) التنازل عن الحقوق الخاضعة للتسجيل أى تركها للغير . ولا بد من

---

(١) انظر محاضرة موسيو برناردى المذكورة والمنشورة بمجلة مصر الحديثة : المجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٨٨ والمواد ٢٣ و ٢٤ من مشروع سنة ٩٠٤ والمادة ٥٨٤ من الاحوال الشخصية لقدرى باشا . وقرر صاحب المحاضرة بأن اللجنة الخاصة كانت ترى ضرورة تعيين رجل من رجال الادارة administrateur ad hoc خصيصاً لتصفية التركة كما كان ذلك حاصلا من قبل طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية (ص ١٨١)

(٢) Dation en paiement (٣) ولقد وردت كلمة الصلح بمشروع القانون بجانب عبارة « بما فيها القسمة العقارية » الواردة بالمادة الثانية (محضر جلسة اللجنة الخاصة فى أول ديسمبر سنة ٩٢٢) ولكن اللجنة رأت ضرورة حذف كلمة الصلح وخيراً فعلت . وحذف هذه الكلمة يؤيد ما قرره القضاء بشأن التمييز بين العقار المتنازع فيه وغير المتنازع فيه . وهذا يؤيد أيضا وجهة نظرنا فى أنه لا محل لتسجيل العقد أو الحكم المؤيد لعقد سابق مسجل

تسجيل هذا الاسقاط تطبيقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد

٣) التخارج : ونرى هنا كما سبق أن رأينا أنه لا محل لهذه التفرقة التى قال بها القضاء المختلط بين التخارج عن مجموع نصيب الوارث المتخارج وبين التخارج عن عقار أو أكثر من ضمن نصيب هذا الوارث . ونرى ضرورة تسجيل عقد التخارج فى الحالتين لان عقد التخارج فيهما اسقاط وتمليك للغير فلا بد فيه من التسجيل طبقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد حتى يكون نافذاً على العاقدين والغير معاً . وأما القضاء المختلط فانه يظهر أنه سيحافظ فى عهد القانون الجديد على التفرقة التى قال بها . وهو لا يقضى فى المستقبل بضرورة التسجيل الا اذا كان التخارج خاصاً بعقار أو أكثر من ضمن نصيب الوارث المتخارج . وأما التخارج الذى ينصب على النصيب برمته فانه فى نظره تمليك يخضع لاحكام التمليك بسبب الارث أى لا يشترط فيه التسجيل . وقد أبنا أنه لا محل مطلقاً لهذه التفرقة

٤) الوصية : والتنازل عن الوصية خاضع للتسجيل ليكون حجة على الطرفين والغير معاً اذا قبلها الموصى اليه بعد الوفاة . وأما اذا حصل التنازل قبل القبول فلا يعتبر هناك تمليك ولا محل حينئذ للتسجيل

٦٢١ — ٥) بعض الاحكام : هذه الاحكام الخاضعة للتسجيل هى :

١ — الاحكام المظهرة : أى المؤيدة تسجل اذا كانت العقود المؤيدة لها غير مسجلة . وأما اذا كانت العقود مسجلة فلا محل فى نظرنا الى تسجيل هذه الاحكام

٢ — احكام مرسى المزاد : هذه الاحكام الصادرة بناء على دعوى نزع ملكية فى القانون الاهلى أو بناء على محضر حجز عقارى فى القانون المختلط لا بد من تسجيلها لتكون حجة على الطرفين والغير معا . وهذه الاحكام تدخل فى

نص المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد . هذا ونعلم أن القانون قرر من طريق آخر تكليف كاتب المحكمة بتسجيل حكم مرسى المزاد (المواد ٦٣٩/٧٧١ مدنى و٥٩٠/٦٧٢ مرافعات) ولكن ذلك لا يحول دون صاحب الشأن فى العمل على تسجيل الحكم

هذا وفيما يتعلق بالحكمة التى أشرنا اليها بشأن تسجيل تنبيه نزع الملكية مع تسجيل حكم رسو المزاد فى عهد القانون القديم فهى لا زالت قائمة بالنسبة للقانون الجديد . وفوق ذلك فان الملكية لا تنتقل بالقانون الجديد بمجرد صدور حكم رسو المزاد بل لا بد من تسجيل الحكم . أما القاضى فلا يملك بحكم رسو المزاد أن يقضى بنقل الملكية ، لان نقل الملكية أصبح مشروطا بأوضاع شكلية تحكى الاوضاع الشكلية الرومانية . فلا تنتقل الا باجراءات خاصة هى اجراءات التسجيل بقيوده ومحظوراته طبقاً للقانون الجديد

٣ — **احكام مرسى المزاد بسبب عدم امكاد القسمة**[1] : وهى أحكام التصفية كما يسميها البعض[2] ولا بد فيها من التسجيل لتكون حجة على الطرفين والغير معا

٤ — **الاحكام الصادرة بمرسى المزاد ثانياً بعد مرسى المزاد الاول** : لابد من تسجيلها طبقاً للقانون الجديد اذا رسا المزاد على غير الاول ، أى رسا على من زاد أو على غيرهما

٥ — **الاحكام الصادرة بمرسى المزاد بناء على عدم قيام الراسى عليه المزاد برفع الثمن**[3] : قلنا فى عهد القانون القديم بعدم ضرورة تسجيل حكم مرسى المزاد لان البيع الثانى قد فسخ البيع الاول[4] ، ولانه لا يترتب على الفسخ نقل الملكية الى من رسا عليه المزاد ، انما ترتب عليه حلول[5] الثانى محل الاول وقلنا مع ذلك بضرورة التأشير برسو المزاد الثانى بالسجل الذى تسجل به رسو المزاد الاول ، حتى يعلم الغير أن العقار أصبح مملوكا للثانى دون الاول

(١) Lécitation (٢) الهلالى بك ص ٥٢٧ ن ٧٥٣ (٣) Foll encheré
(٤) Résolution (٥) Subroyation

وأما فى عهد القانون الجديد فلا بد من التسجيل حتى تنتقل الملكية الى من رسا عليه المزاد فى المرة الثانية ، لان الحقوق العينية العقارية لا تنتقل من طريق الحلول القانونى أوالحلول التعاقدى، الا بالتسجيل (المادة ١٣ من قانون التسجيل الجديد)

٦ . — حكم الشفعة : يجب تسجيله حتى يكون ناقلا للملكية . ويجوز تسجيله بمعرفة المحكمة (المادة ١٨ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٦ مارس سنة ٩٠١)

٧ . — مرسوم نزع الملكية : يعلن على الغير وعلى الطرفين من طريق النشر بالجريدة الرسمية

٨ . — الانذارات وعرائض الدعاوى : لها حكم خاص سيأتى ذكره عند التكلم عن نظرية التأشير فى عهد القانون الجديد

النوع الثانى التبرعات

٦٢٢ — يجب تسجيل التبرعات طبقا للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد حتى تكون نافذة على الطرفين وعلى الغير معا . والوقفية خاضعة للتسجيل بسجلات المحاكم الشرعية . وتسجيلها هنا حجة على الكافة وطنيين وأجانب

والوقفية فهى خاضعة لاحكام اللوائح الموضوعة للمحاكم الشرعية (المادة ١٦ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١٢ من لائحة انشاء المحاكم الشرعية) اذ يكفى تسجيل الوقفية بالمحاكم الشرعية لتكون حجة على الغير بما فيهم الاجانب . وقد تعدلت المادة ١٣٧ من لائحة المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم ٣٣ سنة ٩٢٠ الصادر فى ٥ سبتمبر سنة ٩٢٠ وتقررت بان لابد فى الوقفية من أشهاد على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى ، أومأذون من قبله ، وأن يكون الاشهاد مقيداً بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية . (أنظر المادة ٥ من القانون المذكور)

وقرر هـذا القانون بالمادة الخامسة المذكورة في نهايتها ما يأتي : « ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التي بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لاحكام المادة ٣٧٤ من هذه اللائحة »[١]

في قاعدة حصر الاوراق

الخاضعة للتسجيل

٦٢٢ مكرر — قلنا في عهد القانون القديم بنظرية حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل . واذا قارنا الآن بين نص المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد والمواد القديمة ٦١١ / ٧٣٧ مدني وما بعدها نرى أن النص الجديد جاء عاما ولم يحدد الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل

هذا ولا تدل الاعمال التحضيرية للقانون على أنه أريد بالمادة الاولى أن تدمج بها الحقوق العينية العقارية الاخرى التي لم ترد بالمواد ٦١١ / ٧٣٧ مدني وما بعدها[٢]

النوع الثالث

عقود وايصالات الايجار

٦٢٣ — سنتكلم عنها لمناسبة التكلم على الطائفة الثانية

---

(١) ناقشت اللجنة الخاصة مسئلة تسجيل الوقفية ، أي اشهار الوقف تمهيداً لتقريره بالسجلات العقارية (محضر جلسة ٢٦ فبراير سنة ٩٢٣) ولوحظ لدى اللجنة بأن عدداً كثيراً من حجج الوقف غير مسجل وانه كثيراً من العقارات الموقوفة لم يكن من السهل تحديدها . وان كثيراً من نظار الوقف لا يستطيع تقديم أصول حجج الوقف ويدعون ضياعها (محضر الجلسة السابق) . وأخذ رأي الشيخ محمد بخيت المفتي السابق للديار المصرية في شأن تعليق صحة الوقفية على ضرورة تسجيلها ، فوافق على ذلك (محضر جلسة ١٨ مارس سنة ٩٢٣)

(٢) ومما يدل على ذلك محضر جلسة اللجنة الخاصة في أول ديسمبر سنة ٩٢٢ ومحاضرة موسيو برناردي المنشورة بمجلة مصر الحديثة بالمجلد ١٣ سنة ٩٢٢ ص ١٨١

النوع الرابع

الاحكام الملغية لعقد ناقل للملكية

٦٢٤ — سنتكلم عنها فى نظرية التأشير

ب — الطائفة الثانية : العقود والاحكام

المقررة للحقوق . وبعض عقود الايجار والمخالصات بالايجار

٦٢٥ — هذا النوع من الاوراق الخاضعة للتسجيل يشمل (١) العقود والاحكام المظهرة أى المؤيدة [1] لحق الملكية ولأى حق عينى عقارى (المادة ٦١٢ / ٧٣٨ مدنى القديم الملغاة) وكذلك عقود وأحكام القسمة العقارية [2] (المادة ٦١٢ المذكورة) — (٢) بعض عقود الايجار ومخالصات الايجار (المادة ٦١٣ / ٧٤٠ مدنى الملغاة) وتقول فى ذلك المادة ٢ ما يأتى :

« يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : أولا — العقود والاحكام [3] النهائية المقررة [4] لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى المشار اليها فى المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية — ثانياً — الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما [5]

والعقود والاحكام هنا هى غير العقود والاحكام بالمادة السابقة الخاصة بانشاء الحقوق العينية العقارية لا بتأييدها . والفرق بين النوعين ان الاول خاص بانشاء الحقوق لاول مرة باعتبارها لم تتقرر من قبل بين الطرفين . وان الثانى خاص بتأييد الحقوق الموجودة من قبل . انما جاءت العقود والاحكام لتأييدها وتثبيتها . ونظراً لاختلاف النوعين من حيث الانشاء فى الاول والاظهار فى الثانى رأى

---

(١) Déclaratifs (٢) Les partages immobiliers (٣) Actes et jugements (٤) Déclaratifs (٥) Quittances anticipées أنظر فى كيفية وضع هذه المادة محضر جلسة أول ديسمبر سنة ٩٢٢ من محاضر جلسات اللجنة الخاصة

الشارع وضع مادتين لامادة واحدة[1] وقالت المذكرة الايضاحية فى بيان التفرقة بين النوعين ما يأتى : « وهناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأنها لم تكن لمجرد عدم تسجيلها . فالاحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التى من هـذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على انها لاتكون حجة على هذا الغير اذا لم تسجل . الا أنه لا يمكن تجريد هـذه العقود والاحكام من قيمتها الجوهرية وهى الاقرار الصريح بحق ثابت الوجود — وهذا الاختلاف فى النوع الذى ينجم عنه الاختلاف فى الأثر المترتب على عدم تسجيل هذا وذاك النوع من العقود والاحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين » اه

أما الاجارات الخاضعة للتسجيل فهى ما زادت المدة فيها عن تسع سنوات . وايصالات الايجار الخاضعـة للتسجيل هى ما تعلقت ببراءة ذمة المستأجر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات لم تحل بعد

٣ — فى الجزاء المترتب على عدم التسجيل

٦٢٦ — يقول الشارع فى ذلك ما يأتى : « فاذا لم تسجل هـذه الاحكام والسندات[2] فلا تكون حجة على الغير[3] كما انها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس[4] ، غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليهـا فى الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الاجارة الى تسع سنوات اذا زادت مدتهـا عن ذلك وعدم اعتماد ما دفع مقدما زائداً عن أجرة ثلاث سنين» (المادة ٢ العبارة الثانية من الفقرة ٢) وجاءت عبارة هذه المـادة غامضة موجبة للالتباس . ولم تعمل المذكرة الايضاحية على رفع ما شابها من الغموض . وعلى ذلك لا نرى بداً من تفسيرها بالرجوع الى الاصول العامة المقررة فى التسجيل القديم والى الاصل العام الجديد الذى أقره قانون التسجيل الجديد .

---

(١) المذكرة نبذة ٣ ص٤٥٨ العامود الثانى (٢) Les dits actes et jugements

(٣) Opposables aux tiers (٤) Entachés de fraude

عقود الايجار وايصالات الايجار : فعن عقود الايجار التى تزيد مدتها عن تسع سنوات وعن ايصالات الايجار الزائدة عن مدة ثلاث سنوات فلا تعتبر هذه الاوراق حجة على الغير الا اذا كانت مسجلة تسجيلا كلياً بالطريقة الجديدة ، أى لا بد أن يعمل منهـا أصل وصورتان ليبقى الاصل بملف العقود بقلم التسجيل ، ولتسلم احدى الصورتين لصاحب الشأن والاخرى لمصلحة المساحة ومنها للمديرية كما سيأتى بعد . فاذا لم تسجل هذه الاوراق فلا يزول عنهـا من الأثر القانونى بالنسـبة للغير الا ما زاد فقط عن تسع وثلاث سـنوات وتبقى نافذة مع ذلك فى مجموعها على العاقدين . وأما قيمتها القانونية عن تسع وثلاث سنوات فنازلا فهى حجة على الغير حتما

العقود والاحكام المظهرة : لقد لاحظنا فى المذكرة الايضاحية انها تقول عن هـذه العقود والاحكام « الا أنه لا يمكن تجريد هذه العقود والاحكام من قيمتها الجوهرية وهو الاقرار الصريح بحق سابق الوجود » ولاحظنا أيضاً ان الشارع نفسه يقول بالمادة ٢ بأنه « اذا لم تسجل هذه السندات لا تكون حجة على الغير » فاذا أخرجنا من هذه العقود والاحكام عقود الايجار والمخالصات ، التى تعتبر حجة من غـير تسـجيل عن تسع سنوات فنازلا وعن ثلاث سنوات فنازلا أيضاً، فماذا تكون اذن هذه العقود والاحكام غير المسجلة ومع ذلك فانها ذات « اقرار صريح بحق سابق الوجود » ؟ وماذا يكون هذا الحق سابق الوجود ؟ هذا الحق سابق الوجود هو الحق الخاص بالالتزام الشخصى الذى قررته المادة الاولى . وهو الحق المترتب على العقد غير المسجل . فان كان العقد عقد بيع مثلا ترتب عليه ان يكون المشترى حق مطالبة البائع بالتسليم وبالضمان والى غير ذلك من الحقوق المقررة له بعقد البيع . وكذلك للبائع حقوق أيضا ناتجة عن البيع ، فى أن يطالب المشترى بالثمن : كل ذلك برغم عدم تسجيل عقد البيع . لان التسجيل لم يشرع الا لنقل الملكية فقط . ولكنه لم يؤثر فى شىء على الحقوق والواجبات المترتبة على عقد البيع بالذات كما قررنا ذلك مراراً

وعلى ذلك يفهم من نص المادة ٢ المذكورة أنه لابد من تسجيل الورقة المظهرة عقداً كانت أو حكما حتى تكون حجة على الغير . والذى نقوله نحن أنه لابد من هذا التسجيل أيضاً حتى تكون الورقة أو العقد بوجه عام بما فيه الحكم حجة على الطرفين . لان العقد غير المسجل اذا تأيد بعقد مستقبل آخر أو بحكم فانه يبقى مع ذلك غير قادر على نقل الحق العينى العقارى تطبيقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد . والعقد المستقبل لا يقدر أيضا على نقل الحق من غير تسجيل . فاذا تسجل العقد المؤيد أصبح نافذاً على الطرفين وعلى الغير معاً من حيث نقل الحق العينى العقارى . وعند تسجيل العقد المؤيد لا يخلو الحال من واحد من اثنين . اما أن يكون العقد الاصلى غير مسجل واما مسجلا . فاذا كان غير مسجل فلابد من تسجيل العقد المؤيد حتى ينتقل الحق العينى العقارى بين الطرفين وحتى يكون حجة على الغير أيضا .

ولا ينفذ العقد المؤيد المسجل على الغير الا من وقت التسجيل . أما بالنسبة للطرفين فالذى نقول به أن للتسجيل أثراً رجعياً الى وقت تاريخ العقد الاصلى ، على شرط أن لا يتأثر حق الغير بهذا الاثر الرجعى . أى أن أحد الطرفين وهو المشترى يعتبر مالكا من وقت العقد الاصلى وذلك بالنسبة للبائع له وبالنسبة لمن تصرف له فى العقار بعد ذلك . ولكن لا يعتبر مالكا بالنسبة للغير (أى من تصرف اليهم البائع) الا من وقت تسجيل العقد ، سواء كان العقد الاصلى أو العقد المؤيد

وأما اذا كان العقد الاصلى مسجلا فلا نرى محلا لتسجيل العقد المؤيد لان من شأن العقد الاصلى نقل الحق العينى العقارى بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير معاً . وعلى ذلك لا نرى محلا مطلقاً لتسجيل العقد المؤيد ، عقدا كان أو حكما ، ما دام أن العقد الاصلى مسجل وما دام أن العقد المؤيد لم يخرج عن كونه قد أيد الحق المقرر من قبل

فى نظرية الأثر الرجعى

للتسجيل الجديد فى العقود

٦٢٧ — نقول بان للتسجيل الجديد المملك أثراً رجعياً يرجع الى تاريخ العقد بشرط عدم المساس بحقوق يكون قد اكتسبها الغير من الطريق القانونى

ونرى من طريق تأييد هذا الرأى من الوجهة العلمية والعملية معاً أن ندلى هنا بأمثلة يمكن معها ضبط النظرية والاحاطة بها لمعرفة مبلغ ما ترمى اليه . فاذا فرض وباع زيد لبكر عقاراً فى أول يناير بعقد عرفى لم يسجل . فى هذه الحالة لا تنتقل الملكية الى بكر . انما مع عدم انتقالها فان له حق مطالبة البائع بالتسليم وحق الضمان وغير ذلك . فاذا باع بكر لخالد نفس العقار فى ١٥ يناير وتسجل هذا العقد الأخير فى نفس التاريخ فلا تنتقل الملكية أيضا الى خالد لانها لم تنتقل بعد الى البائع له وهو بكر . واذا جاء بكر بعد ذلك كله وسجل عقده فى آخر يناير ، نقول بان الملكية تنتقل اليه لا من آخر يناير بل من أول يناير . ويترتب على ذلك ان الملكية تنتقل أيضاً الى خالد فى ١٥ يناير . أى ان للتسجيل هذا أثراً رجعياً . كل ذلك على شرط أن لا يتعدى هذا الأثر الرجعى الى الاضرار بحقوق الغير الذى سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل بكر . وعلى ذلك اذا فرض وباع زيد ، بعد أن باع لبكر ، نفس العقار الى عمر فى ١٠ يناير وسجل عمر عقده فى ١٠ يناير دون ان يعلم بسبق تصرف البائع له فى العقار الى بكر نفذ عقده ، أى عقد عمر . ولا يعبأ حينئذ بتسجيل بكر فى آخر يناير ، ولا بتسجيل خالد فى ١٥ يناير . لان الأثر الرجعى للتسجيل الذى نقول به انما يقف عند وجود حق مكتسب للغير . واذا لم يوجد حق مكتسب للغير ، سار الأثر الرجعى فى طريقه حتى تاريخ العقد أى حتى يوم أول يناير

قد يمكن أن يعترض على هذا الرأى بانه لايجوز أن تنتقل الملكية الى المشترى الا من وقت التسجيل فلا يترتب على العقد سوى مجرد التزامات شخصية كما

تقول بذلك المادة الاولى من قانون التسجيل

ولكنا نرد على هذا الاعتراض بما يأتى :

١) ان المادة الاولى من قانون التسجيل لا تقول بان الملكية تنتقل من وقت التسجيل ، انما تقول بأن الملكية (أو أى حق عينى عقارى آخر) لا تنتقل الا بالتسجيل وهى فى ذلك تقول ما يأتى : « ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » والفرق ظاهر بين قول المادة بأن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وبين عدم قولها بان الملكية تنتقل من وقت التسجيل . ولا نرى نحن تعارضاً فى القول بانتقال الملكية بالتسجيل وأن يكون لنقلها أثر رجعى . لان الاثر الرجعى موقوف على التسجيل . فاذا حصل التسجيل انتقلت الملكية من وقت حصول العقد على شرط عدم الاضرار بالحق المكتسب بحسن نية للغير

٢) ان العقد قبل التسجيل مقرر لالتزامات شخصية . وهو بذلك عقد ملزم لطرفيه . ولكل من الطرفين قبل الآخر حقوق وعليه واجبات . واذا كان الأمر كذلك فانه لا يكون من السهل القول بان التسجيل لا يؤثر بشىء ما على الحقوق السابقة عليه . لان العقد قبل التسجيل موجود قانونا وترتبت عليه حقوق وواجبات . فللمشترى المطالبة بتسليمه العقار . وللبائع المطالبة بالثمن . وشرع التسجيل فقط لمصلحة المشترى . فاذا تأخر فى اجرائه فلا يجوز أن يترتب على التأخير ضرر به طالما أنه لم يكن هناك حق مكتسب للغير بحسن نية . وعلى ذلك نرى أن التسجيل يأتى وينقل الملكية بعد أن يكون قد أيد العقد السابق الموجود قانونا . أو أن التسجيل ينقل الملكية ويؤيد العقد السابق فى وقت واحد . ومن المتعذر أن يقال هنا أن التسجيل يجعل العقد نافذ المفعول فقط من وقت حصول التسجيل ، بينما العقد موجود من قبل ومقرر لحقوق وواجبات

٣) ان القياس مع المادة ٢٦٤ مدنى الخاصة ببيع عقار غير مملوك للبائع يؤيد هذا الرأى . لان القول بان تملك البائع للعقار فيما بعد ليس له أثر رجعى ، انما

ينصرف ذلك الى المالك الحقيقى . فاذا رهن المالك الحقيقى العقار المبيع من غير مالك ثم ملكه بعد ذلك ، البائع غير المالك ، فلا يجوز للمشترى من هذا الاخير أخذ العقار غير محمل بحق الرهن الموقع عليه من قبل من المالك الحقيقى . ولكن اذا فرض ولم يتوقع عليه هذا الرهن من جانب المالك الحقيقى بل توقع من جانب المشترى فان هذا الرهن يبقى عنــد تملك البائع له العقار من المالك الحقيقى . أى اننا نقول فى ذلك كله بأن لتملك البائع للعقار غير المملوك له أثراً رجعياً بالنسبة للمشترى منه على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب للغير ، أى لمن اكتسب حقا من المالك الحقيقى . وهذه الحالة الخاصة بالمـادة ٢٦٤ مدنى المذكورة تحكى ما نحن بصدده الآن فى أن للتسجيل أثرا رجعيا على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب بحسن نية للغير

٤) ان للأثر الرجعى اعتبارات عملية تؤيده وتبرر ضرورة الاخذ به. ذلك لانه اذا قيل بأن الملكية لا تنتقل الا من وقت التسجيل لترتب على ذلك أيضاً القول بأن ملكية خالد لا تنتقل الا يوم انتقال ملكية بكر ، أى يوم تسـجيل بكرلعقده وهو يوم آخر يناير (المفروض هنا أن زيد لم يتصرف ثانياً الى عمر) أى يعتبر أن بكراً وخالداً تملك كلاهما العقار يوم آخر يناير . ويجب الفرض حتما أن بكراً تملك قبل خالدحتى يمكن القول بتملك خالد ، لان هذا الاخير مشتر من بكر . ولكن ماذا يكون الرأى فيما اذا فرض ورهن بكر العقار قبل بيعه لخـالد وسـجل المرتهن الرهن ، ثم رهن أيضاً خالد العـقار لمرتهنـين فى تواريخ مختلفة وتسجلت عقود الرهن ؟ اذا حصل ذلك كله فـاذا يمكن القول بشأن هؤلاء المرتهنين جميعاً من بكر وخالد عند ما يتسجل عقد بكر فى يوم آخر يناير ؟ كيف يمكن ترتيب درجاتهم ، وعلى الاخص اذا أضفنا اليهم دائنين باختصاص موقع على العقار ؟ بل ما القول فيما اذا فرض فوق ما تقدم وباع خالد العقار لشخص، وماذا تكون مرتبة هذا المشـترى الاخير مع المرتهنين العديدين السابقين وأصحاب الاختصاص؟ أليس الافضل عملياً فى كل ذلك أن يقال بأن للتسجيل أثراً رجعيا

فيتأيد كل عقدمن وقت حصوله على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب بحسن نية للغير من جانب البائع الاول وهو زيد ؟ أليس ذلك أفضل من القول بأن هذه العقود المختلفة ، ومعها الاختصاص أيضا ، حصلت فى يوم واحد وانها تتزاحم جميعها على اقتسام ثمن العقار وأن التفاضل بينها يرجع لاسبقية كل عقد على حدة ؟

ان القول بالاثر اللارجعى للتسجيل لا يتعارض لا مع نصوص قانون التسجيل ولا مع القواعد العامة . بل فوق ذلك فان الاعتبارات العملية تؤيده وتبرره .

٢) فى الشروط الشكلية

للعقود الخاضعة للتسجيل

٦٢٨ — يتعلق هذا القسم بالمسائل الثلاثة الآتية : ١) البيانات الشكلية. — ٢) الفصل فى الخلاف الخاص بالبيانات الشكلية . — ٣) المصادقة على الامضاءات والاختام

١ — البيانات الشكلية

٦٢٩ — رأى الشارع ضرورة جعل العقد الخاضع للتسجيل بطريقة شكلية بحيث تكون بعيدة عن الغموض والابهام سواء فيما يتعلق بالعقار محل العقد أو بالاشخاص . وان كانت أصح طريقة فى ذلك تحرير العقود بطريقة رسمية كما يريده مشروع السجلات العقارية ، الا أن الشارع رأى أن يأخذ الآن بعلاج آخر مؤقت بدلا من تحرير العقودبطريقة رسمية [1] لذا قرر بالمادة ٣ ما يأتى : « يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات وعلى الاخص : (ا) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل اقامة الطرفين ، (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمرة القطع

(١) المذكرة الايضاحية النبذة ١٣ ص ٤٦٥ — ٤٦٦

اذا كانت وارادة فى قوائم فك الزمام وكذلك حدود مساحة القطع بأدق بيان مستطاع — ويجب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده اذا كان مسجلا »[1]

٦٣٠ — ولما كان من المحتمل أن يقع خلاف بين طالب التسجيل وبين حافظ السجل بشأن شكل العقد المقدم للتسجيل ، احتاط الشارع فى معالجة هذا الخلاف بأمرين

الامر الاول : قرر الشارع أنه فى حالة وقوع خلاف يعرض الامر على قاضى الامور الوقتية . وفى ذلك قالت المادة ٤ ما يأتى : « المحررات العرفية التى لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها الا بعد الحصول على ترخيص [2] بذلك من قاضى الامور الوقتية [3] وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات فى دفتر العرائض [4] نمرة مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى [5] ويجب تقديم الطلب اليه فى مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما »

الامر الثانى : رأى الشارع تكليف الحكومة بعمل نماذج خاصة . وفى ذلك قررت المادة ٥ ما يأتى : « تسهيلا لمراعاة ما ورد فى المادة الثالثة تقدم الحكومة

(١) وقد صدر قانون فى فرنسا فى ٢٤ يوليو سنة ٩٢١ قرر وضع نماذج مخصوصة للعقود يكتبها صاحب الشأن نفسه من واقع العقد الذى يكون بيده ويقدم صورتين من هذا النموذج مكتوبين لحافظ سجلات الرهون فيحفظ هذا الاخير احداهما عنده ثم يجمع الصور المتجمعة له فى نهاية مدة معينة لتقوم مقام سجلات التسجيل وتعطى الصورة الثانية لصاحب الشأن بعد أن يؤشر عليها بما يفيد حصول التسجيل وبما يشير الى أى سجل من السجلات وفى أى صحيفة منه (مذكرات دموج س ٩٤٤) وفى ٢٨ أغسطس سنة ٩٢١ وفى ٦ أكتوبر سنه ٩٢١ صدر مرسومان ببيان تفصيلى لهذا القانون . ويرى الفقه بمصر الفات نظر محكمة الاستئناف المختلطة الى تكليف قلم الكتاب بضرورة تحقيق صفة الوكالة عند تسجيل العقود كما هى العادة المتبعة فى تحقيق هذه الصفة عقد تحرير العقود الرسمية : مقال للاستاذ كوهين Cohen بمجلة الجازيت المجلد ١٤ سنة ٩٨٤ ص ١٦٢ لانه كان من الواجب على الشارع أن يحتاط فى هـذا الامر عند وضعه للمادة ٣ من قانون التسجيل الجديد (المقال المذكور)

(٢) Autorisation (٣) Juge de service

(٤) Régistre des requètes (٥) Décision du juge

لارباب الشأن[١] نماذج مطبوعة [٢] لاهم العقود التى يقضى بتسجيلها »

هذا وانا نرى من ضم المواد الثلاثة ٣ و ٤ و ٥ الى بعضها البعض أن يستنتج ما يأتى :

١ — تشير المادة ٤ الى أنه عند حصول خلاف فى البيانات يرفع الامر لقاضى الامور الوقتية . ثم قررت المادة ٥ التى تأتى بعدها عمل نماذج مطبوعة . فهل يستفاد من ذلك أن طبع النماذج يحول دون وقوع خلاف ؟ نظن لا . وعلى ذلك نرى أنه مع وجود النماذج المطبوعة وحصول خلاف يجب أيضا رفع الخلاف الى قاضى الاموالوقتية . وكان الافضل وضع المادة ٥ قبل المادة ٤ حتى تكون هذه الاخيرة متمشية على الخلاف سواء لم توجد نماذج أو وجدت . نقول ذلك وحجتنا أن المادة ٤ تقول بأن القاضى يفصل فى الخلاف القائم بشأن البيانات الواردة بالمقد ، أى البيانات بوجه عام سواء وضعت الحكومة لها نماذج أم لم تضع

٢ — قاضى الفصل فى الخلاف هو قاضى الامور الوقتية وهو غير قاضى الامور الجزئية وغير قاضى الامور المستعجلة كما لا يخفى .

٣ — وما هى طريقة الحصول على ترخيص القاضى ، وهل هناك من وسائل للطعن فى الترخيص ، والى أى قاض يقدم الطلب ، هل قاضى المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية ؟ لم يذكر القانون شيئا من ذلك . ولذا نرى ضرورة الاخذ هنا بالاحكام العامة المقررة فى قانون المرافعات باعتبار أن هذا الشأن يتعلق بأمر على عريضة [٣]

٤ — يجب أن يثبت بدفتر العرائض تاريخ تقديم العقد حتى يأخذ له درجة فى الترتيب : بحيث لا يضار صاحب العقد فيما اذا صدر قرار القاضى متأخراً . ويرجع ذلك أيضا الى القول بان الاحكام مظهرة فى الاصل أى مؤيدة لا منشئة اذ لا يجوز أن يترتب على التأخير فى الفصل قضاء ضرر بالمتقاضين

---

(١) Interéssés (٢) Formules imprimées

(٣) Ordonnance sur requête

٥ — يجب تقديم الطلب الى القاضى فى ظرف ثلاثين يوماً . بحيث اذامضت المدة فيكفى اثبات دور العقد بدفتر العرائض . وعلى صاحب العقد أن يقدمه من جديد . وفى هذه المدة يثبت له بدفتر العرائض تاريخ جديد

٦ — ان القانون لم يقرر مدة يصدر فيها قرار القاضى . ولا ضرر من تأخير صدور قراره ما دام ان العقد قد ثبت دوره بدفتر العرائض

٢ — فى التصديق على الامضاء أو الاختام

٦٣١ — هال الشارع ما رآه من كثرة التزويرات فى بلد لم يزع فيه بعد مبدأ القراءة والكتابة. ولذا فكر بمشروع السجلات العقارية أن يقضى كل القضاء على العقود العرفية وان يجعل التعاقد بين الناس من الطريق الرسمى أى بعقود رسمية حاصلة امام الموثق . ولكن الشارع المصرى كان يرغب عن الاخذ برسمية العقود حتى يبقى بذلك للعقود العرفيـة آثارها بين الناس برغم ما قال به انصار الرسمية من أن الناس فى معاملاتهم كانوا يجرون على عادة التعاقد أمام القضاة الشرعيين بالمحاكم الشرعية قبل ظهور المحاكم العصرية . لذا لما أراد الشارع الحاضر وضع قانون التسجيل الجديد رأى ضرورة التوفيق بين المذهبين مذهب الرسمية ومذهب العرفية. فاباح الاخذ بالعقود العرفية على شرط التصديق على الامضاء من موظف حكومى يندب لهذا الغرض كما فعلت القوانين الفرنسية والايطالية [١] وفى ذلك قررت المادة ٦ ما يأتى : « يجب التصديق [٢] على امضاءات وأختام الطرفين الموقع بهما على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين [٣] الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشر» والمادة ٧ خاصة بالتفويض لوزارة الحقانية باصدار ما تراه لازما لتنفيذ هذا القانون . ولذا أصدرت هذه الوزارة قراراً فى

---

(١) المذكرة الايضاحية ن ٤ .ص ٤٦٦

(٢) Légalisées (٣) Officiers publics

١٢ يوليو سنة ٩٢٣ قررت بالمادة ٦ منه الاباحة للمأموريات التى قررت انشاءها لاقلام الرهون المختلطة بالقيام بعملية التصديق . واذا لم يشأ الموقع الحضور امام الموظف لاجل المصادقة على الامضاء فيجوز لصاحب الشأن حق رفع دعوى تحقيق الامضاء أو الحكم بالطرق المقررة فى قانون المرافعات كما ذكرنا (المواد ٢٥١ مرافعات وما بعدها)

٣ — فى التأشير وتسجيل الدعوى

٦٣٢ — يتناول القول هنا بشأن التأشير[1] وتسجيل الدعوى[2] الابحاث الآتية : ١ — التأشير والدعاوى ٢ — اسقاط الدين المضمون عقاريا وتحويله

١ — التأشير والدعاوى

٦٣٣ — نرى ضرورة الالمام هنا باحكام القانون القديم وأحكام القانون الجديد حتى نقف بذلك على أثر مبلغ القانون الجديد

١ — احكام القانون القديم

٦٣٤ — شرع التسجيل فى القانون القديم ليكون حجة على الغير فقط لا على العاقدين والغير معاً . والتسجيل القديم انذار للمتعاقد على ما يحف العقار من المخاطر . فاذا لم يكن هناك تسجيل تعاقد المتعاقد مع المالك وهو مطمئن الى أن العقار مطهر من الشوائب ، حتى ولو كانت هناك تصرفات واقعة . وعلى ذلك اذا سجل قبل من تقدمه نفذ عقده على شرط أن يكون حسن النية

هذا والمسائل الخلافية التى قامت قبل القانون الجديد تنحصر فيما يأتى :

١ — سوء النية : لا ينفذ العقد المسجل الا اذا كان صاحبه حسن النية . فاذا كان سيئ النية فلا ينفذ . ونرمى بسوء النية الى التواطؤ بين المسجل والمالك ،

---

(١) Prénotation (٢) Transcription des demandes

أو الى العلم الاكيد لدى المسجل بسبق حصول التصرف[1]

٢ — **تسجيل عقد المشترى عند قيام النزاع بين البائع والمنازع :** وهنا رأيان . رأى يقول بسريان الحكم الصادر فى النزاع على المشترى . ورأى يقول بعدم سريانه[2] ولما اشتد الخلاف بين الدوائر المختلطة عرض النزاع على الدوائر المجتمعة المختلطة وطلب اليها البت فى المسئلتين الآتيتين : (١) هل يعتبر الحكم الصادر لمصلحة المستحق فى دعوى ضد البائع حجة على المشترى الذى سجل عقده ؟ (٢) هل التسجيل من شأنه أن يجعل الخلف[3] غيراً[4] أو أن القانون أراد فقط بأن الذى يجب تسجيله من الاحكام هو الاحكام المنشئة للحقوق والتى تعتبر بمثابة عقود ؟ فاصدرت الدوائر المجتمعة حكمها فى ١٥ يناير سنة ٩١٤ وقررت ما يأتى : (١) لا يكون الحكم الصادر ضد البائع حجة على المشترى الذى سجل عقده والذى اشتراه أثناء قيام النزاع . — (٢) ان الاحكام التى لا تخضع للتسجيل هى الاحكام التى تؤيد حقوقاً مستفادة من عقود مسجلة من قبل أو تؤيد حقوقاً مستفادة من الوراثة التى لا تخضع للتسجيل[5]

٣ — **تنازع المتعاقد مع الوارث ، مع المتعاقد مع المورث :** كأن يبيع المورث قبل وفاته عقاراً ولا يسجل المشترى ، ثم يبيع الوارث نفس العقار ويسجل هذا المشترى ؟ فأى المشتريين يفضل على الآخر ؟ تعارضت الآراء وربما كان الرأى القائل بصحة عقد الثانى هو الاصح[6]

٤ — **هل تسجيل التنبيه بنزع الملكية يقرر حقاً عقارياً للدائن؟** الخلاف قائم بين علماء القانون الفرنسى . وظهر الخلاف ظهوراً كبيراً لمناسبة صدور حكم

(١) راجع المذاهب المختلفة فى ذلك كتابنا للداينات فى الاثبات ج ٢ ص ٢٩٨ — ٣٢٢ — والهلالى بك ص ٢٨٢ ن ٤٥١ وما بعدها (٢) المداينات ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٧١
(٣) Ayant-cause (٤) Tiers
(٥) م ت ق ، ٢٦ ، ١٤٢ . — جا ٤ ص ٨٣ رقم ١٩٣ . المداينات ج ٢ ص ٢٧٢ — ٢٧٣ (٦) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ والمراجع العديدة الواردة بها — الهلالى بك ص ٢٨٨ — ٢٩٤ ن ٤٥٩ — ٤٦٢

النقض الفرنسى فى ٢٥ يوليو سنة ١٨٧٧ . ويظهر الخلاف أكثر فأكثر بعصر لمخالفة النص المختلط (المادة ٦٠٧ مرافعات) الذى حجر على المدين من التصرف فى العقار بعد تسجيل التنبيه ، للنص الاهلى (المادة ٥٤٥ مرافعات) الذى لم يشر الى هذا الحجر[١] والحكمة من التفرقة بين الرأيين أنه عند القول بعدم الحجر يصبح تصرف المدين بعد تسجيل التنبيه حجة على الدائن وانه ليس لهذا الاخير الطعن فيه الا بدعوى الابطال أو الصورية . وهو ما لا نقول به

على انه يجوز القول فى هذه الحالة بانهناك حقا تقرر بالقانون ذاته[٢] وهو عكس الحق الذى يتقرر برضاء العاقدين[٣]

٥ — يقرر القانون القديم أن التسجيل لايكون الا للعقود بالشروط القانونية المعروفة، وللاحكام أيضاً. فخرجت بذلك عرائض الدعاوى والانذارات على أيدى المحضرين . ولكن جرت العادة فى مجال العمل أن أقلام التسجيل لا ترفض تسجيل هذه الاوراق . فهل يؤخذ بتسجيلها حجة على الغير ؟ قلنا بالسلب

٦ — تسجيل ورقة الضد ، هل تعتبر ورقة الضد[٤] ناقلة للحقوق حتى يجوز تسجيلها لتكون حجة على الغير ، أم هى مؤيدة للحق السابق ، فلا تخضع له ؟ هناك خلاف عظيم فى رأيين مختلفين . وقلنا بعدم جواز التسجيل[٥]

هذه هى المسائل الرئيسية الهامة للقانون القديم. ولننظر الآن فى حكم القانون الجديد لها[٦]

§ ٢ — القانون الجديد والمسائل الست السابقة

٦٣٥ — ١ — مسمى النية : أصبح التسجيل الجديد نافلا للملكية بين العاقدين وبالنسبة للغير . وليس معنى نقل الملكية بين العاقدين أن التسجيل

(١) المداينات ج ٢ ص ٣٨٢ — ٤١٤ (٢) situation objective
(٣) situation subjective وهذه التسمية هى من أوضاع الاستاذ « دوجى Duguit » والتى يستعيض بها عن كلمة حق droit تفاديا من الاشكالات القانونية العلمية الناشئة عن الأخذ بكلمة حق (٤) المداينات ج ٢ ص ٣٨٢ — ٤١٤ (٥) Contre-lettre
(٦) المداينات ص ٣٣٠ — ٣٥٩

يطهر العقد من شوائب التواطؤ بين العاقدين وهو التواطؤ الذى وقع اضراراً بشخص آخر سجل قبل تسجيل العقد المعيب بعيب التدليس . ونرى أن العقد المسجل أولا والمشوب بالتواطؤ لا ينقل الملكية لا بين العاقدين ، ومن باب أولى بالنسبة للغير ، ذلك الغير الذى اشترى وسجل بعد المشترى الاول . وقد قررت المادة ٢ من القانون الجديد الخاصة بالعقود والاحكام المظهرة للحقوق العقارية والمؤيدة لها بأنه « اذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس » ونظن أنه يصح الاخذ بقاعدة التدليس هذه سواء كان العقد أو الحكم مظهراً أى مقرراً للحق ، أو مثبتاً أى منشئاً للحق . ولا معنى للتفرقة بين اعتبار التدليس مبطلا لأثر التسجيل فى العقد المظهر وعدم اعتبار التدليس مبطلا لأثر التسجيل فى العقد المثبت . وربما كان أثر الابطال فى الحالة الثانية أظهر منه فى الحالة الاولى كل ذلك لأن التدليس لا يؤيد حقاً ولا ينشئ حقاً بل هو والحق على طرفى نقيض فلا يستند الحق الى التدليس ولا يترتب على التدليس حق ما . وكان الاولى بالشارع أن يضع بالقانون الجديد قاعدة عامة تتمشى على الحالتين[1]

وبأى المذاهب فى حسن النية وسوئها يجب الاخذ بعد القانون الجديد ؟ علمنا ان المذاهب مختلفة فى القانون القديم . اذ يقول البعض بأن سوء النية هو

---

(١) أى ان رفع دعوى الاستحقاق لا يستفيد من هذا الحكم اذا حصل تسجيل عقد المشترى قبل صدور الحكم — وعبارة اذا داخلها التدليس Entachés de fraude الواردة بالمادة ٢ المذكورة لم تكن موجودة بالمشروع الاول عند ما نوقش أولا بجلسة أول ديسمبر ٩٢٢ اذ وردت العبارة هكذا « فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير حسن النية Tiers de bonne foi » وبجلسة ١٦ ديسمبر ٩٢٢ طلب المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى حذف عبارة حسن النية لاختلاف آراء القضاء فى تفسيرها لانه لا يعرف فيما اذا كان يراد بها مجرد العلم simple connaissance أو التواطؤ connivence وعارضه موسيو برناردى فى حذف هذه العبارة وتقرر وضعها بالكيفية الاتية « فاذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات ، وفيما عدا حالة التدليس et-sauf le cas de fraude فلا تكون حجة على الغير » ويظهر ان النص الاخير المعروف الان اتماوضعته اللجنة التشريعية للقوانين بوزارة الحقانية وهو وضع محكم واكثر ايضاحا من وضع المشروع

التواطؤ بين العاقدين . ويقول البعض الآخر بأن سوء النية هو علم المتعاقد مع المالك بسبب تصرف هذا الاخير فى الحق العينى العقارى . وقد قلنا بضرورة الاخذ بالتواطؤ أو العلم الاكيد الذى لا شبهة فيه ، فى حالة القانون القديم ، ونرى الاخذ بهذا المبدأ أيضا فى حالة القانون الجديد . بمعنى ان مجرد العلم البسيط لا يكفى فى ابطال أثر التسجيل بين العاقدين

٦٣٦ — ٢ — تسجيل عقد المشترى عند قيام النزاع بين البائع والمنازع . عرفنا رأى الدوائر المختلطة المجتمعة بحكمها فى ١٥ يناير سنة ١٩١٤ اذ يقرر هذا الحكم ان الحكم الصادر فى النزاع ضد البائع لا يحتج به على المشترى المسجل . أى ان الحكم غير نافذ على رافع دعوى الاستحقاق اذا سجل المدعى عقده قبل صدور الحكم . ويقرر الحكم أيضا ان الحكم أو العقد المظهر لعقد سابق مسجل لا يسجل . اذا علم ذلك فهل يصدق هذا الحكم بقواعده على حالة القانون الجديد ؟ وما هو اذن حكم القانون الجديد فى هذه الحالة ؟ ذكر القانون الجديد مسائل ولم يذكر مسائل :

٦٣٧ — أولا : ذكر القانون الجديد مسائل رأى فيها ضرورة اتخاذ احتياطات خاصة : هذه المسائل هى المتعلقة بطلب بطلان عقد[١] أو فسخه[٢] أو الغائه[٣] أو الرجوع فيه[٤] وفى ذلك قررت المادة ٧ ما يأتى : « يجب التأشير[٥] على هامش سجل المحررات[٦] واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ او الالغاء او الرجوع فيها . فاذا كان المحرر الاصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق[٧] اى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها[٨] او التأشير كما ذكر[٩] وعلى ذلك اذا باع شخص

(١) Annulation (٢) Résolution (٣) Révocation
(٤) Rescision (٥) Annotés (٦) En marge de transcription
(٧) Demandes en revendication (٨) Transcrits
(٩) Annotés . فيما يتعلق بكيفية وضع هذه المادة انظر محضر جلسة ٢ ديسمبر ١٩٢٢ من محاضر جلسات اللجنة الخاصة

(ويلحق بالبيع كل تصرف فى حق عينى عقارى بالبيع أو الرهن أو تقرير ارتفاق وهكذا) عقاراً ثم أراد بعـد ذلك ابطال العقد لأى سبب من الاسـباب فلا يخلو الحال مما يأتى :

اما أن عقد المشترى تسجل . وفى هذه الحالة تنفذ تصرفات المشترى على العقار فيما اذا باعه أو رهنه أو غير ذلك. فاذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى وهو البائع الأول بطلب البطلان أو الفسخ الى آخر الدعاوى المبينة بالمادة ٢ فلا محل للتأشير بعريضة الدعوى . ومن باب أولى التأشير بالحكم (وهو التأشير المنوه عنـه بالمادة ١٠) وذلك بالنسبة للمشترى من المشترى . ولكن ينفذ التأشير بالدعوى والحكم ضد من يتعاقد مع المشترى بعد هذا التسجيل . ولذا يجب التأشـير فى هذه الحالة الأخيرة

واما أن المشترى لم يسجل عقده . وفى هذه الحالة لا ينتقل الحق بين العاقدين . واذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى باحدى الطلبات المبينة بالمادة ٢ وجب عليه تسجيل العريضة (وقلنا هنا التسجيل ولم نقل التأشير . لأن التأشير يكون فى حالة تسجيل العقد المطعون فيه . واذا لم يسجل هذا العقـد وجب تسجيل عريضة الدعوى ثم التأشير بالحكم على هذا التسجيل طبقـاً للمادة ١٠) وقالت بالتسجيل المادة ٢ . والغرض من التسجيل على ما نرى انما هو قطع خط الرجعـة على المشترى الاول حتى اذا سجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى ثم تصرف فى العقار لآخر فلا ينفذ تسجيله ، أى تسجيل هذا المشترى ، ولا تسجيل المشترى منه . قلنا قطع خط الرجعة لان هذا المشترى الاول لا ينقـل حقا طالما أنه غير مسجل . انما الخوف فى أن يتسجل بعده . وتسجيل الدعوى مبطل ولا شك لأثر التسجيل المتأخر للعقد المطعون فيه

والتأشير بالعريضة ، فى حالة سبق تسجيل العقد المطعون فيـه ، وتسجيل الدعوى ، فى حالة عدم تسجيل ذلك العقد ، واردان فقط فى حالات معينة وهى ما اذا رفعت الدعاوى بالبطلان والفسخ والالغاء والرجوع

والغرض الذى ينشده الشارع من ضرورة التأشير والتسجيل بشأن عريضة الدعوى هو أخبار الغير بما يحف العقار من المخاطر فيما اذا جاء شخص وتعامل مع المشترى . وهذا أخذاً بما قررته بعض الشرائع الحديثة ، وربما اعتبر ذلك خطوة من خطوات التقدم فى سبيل الأخذ فيما بعد بقانون السجلات العقارية . وفوق ذلك فان فى هذا التأشير أو التسجيل تحقيقاً لفكرة رجوع الحكم فى أثره الى وقت رفع الدعوى[1] . هذا من الوجهة العلمية . وأما من الوجهة العملية فقد روعى فى التأشير والتسجيل ما قررته المذكرة الايضاحية فيما يأتى : «وقد دل العمل فى المحاكم على أمر كثير الوقوع فى القطر المصرى وهو ناتج من وجود سلطتين قضائيتين أهليـة ومختلطة معاً . فكثيراً ما يحدث أن يجد المدعى نفسه ، بعد حصوله على حكم بطلباته ، أمام تصرفات فى العقار المتنازع فيه صادرة من خصمه أثناء السير فى الدعوى : وهذا أمر كثير الوقوع على الأخص فى حالة صدور أحكام من المحاكم الأهلية ، فيلجأ الى تلك الطريقة توصلا لرفع الدعوى من جديد أمام المحاكم المختلطة بأمل كسبها هناك » اه[2]

وكذلك الحال أيضاً فانه يؤخذ بالتأشير والتسجيل فى حالة ما اذا كانت الدعوى دعوى استحقاق (المادة ٧ الفقرة الأخيرة) . وقالت فى ذلك المذكرة الايضاحية ما يأتى : « وفى الواقع فان عدد هذه الدعاوى أصبح عظيما جداً . وهذه الدعاوى هى من أكبر العراقيل لسير المعاملات العقارية . ولا يعزب عن البال أيضاً أنها سهلت الالتجاء الى الحيل التى سبقت الاشارة اليها فى النبذة السابقة بواسـطة التنازل لاشخاص من جنسية أجنبية»[3]

ونرى بناء على ذلك أن رافع دعوى الاستحقاق ملزم باجراء عملية التأشير أو التسجيل لعريضة دعوى الاستحقاق حتى يكون الحـكم فيها نافذ المفعول عند وقت رفع الدعوى (أى من وقت التأشير أو التسجيل) ضد من يتعامل مع المدعى

(١) المذكرة الايضاحية النبذة ٦ ص ٤٦١ (٢) المذكرة النبذة ٦ ص ٤٦١
(٣) المذكرة نبذة ١١ ص ٤٦٣ — ٤٦٤

عليه فى دعوى الاستحقاق بعد التأشير أو التسجيل ...

٦٣٨ — فى الحقوق المكتسبة للغير قبل تسجيل الدعاوى أو التأشير بها :
ان الغرض من العلانية بالتأشير أو التسجيل انما هو اعلان للغير بما يهدد الحق العينى العقارى من المخاوف والمخاطر . فاذا تعاقد الغير وجب عليه الحصول على الشهادة العقارية بجميع التكاليف المقررة على الحق[1] فاذا وجد بها تأشيراً أو تسجيلا أدرك مبلغ ما يعيب الحق من الشوائب . فاذا تعاقد بعد ذلك فهو مجازف. وعلى كل حال يصبح الحكم الصادر فى الدعوى المسجلة عريضتها أو المؤشر بعريضتها حكما نافذاً المفعول من وقت التأشير والتسجيل. وفى ذلك تقول المادة ١٢ ما يأتى: « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابقة أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة[2] على من ترتبت لهما حقوق [3] وأصحاب الديون العقارية [4] ابتداءاً من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » وذلك باعتبار ان الحكم جاء مؤيداً للطلب المعلن على الجمهور بطريق الاشهار باحدى أداتيه وهما التأشير أو التسجيل

هذا بالنسبة للحقوق التى تكتسب بعد التأشير أو التسجيل . وما القول الآن بشأن الحقوق المكتسبة قبل التأشير أو التسجيل ؟ قرر الشارع فى ذلك بالمادة ١٢ فقرة ٢ ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها [5] » بمعنى أن الحقوق التى اكتسبها الغير ، وهى حتما الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل ، تصبح نافذة المفعول على المدعى الذى لم يؤشر (نقول يؤشر ولم نقل يسجل لان فى التأشير معنى سبق تسجيل العقد المطعون فيه ، والعقد لا يعتبر نافذاً الا اذا تسجل كما هو معلوم) . ونرى أن نفاذها يكون بشرط حسن النية . بحيث لو كان

---

(١) المذكرة نبذة ٩ ص ٤٦٢ (٢) Opposables
(٣) Tiers acquéreurs (٤) Créanciers hypothécaires
(٥) Restent régis par les dispositions et principesalors en vigueur

هناك سوء نية وجب اعتبار التدليس هادماً لكل حق وحائلا دون تكوين أى حق .

وعلى ذلك اذا ترتب للغير حق عينى عقارى على العقار المتنازع بشأنه وتقرر هذا الحق بالوسائل القانونية المقررة ، كما اذا اشترى مشتر وسجل عقده ، أو ارتهن مرتهن رهناً رسمياً وقيد رهنه أو رهناً عقارياً وسجل عقده ، أو تقرر لشخص حق ارتفاق فى منفعة عقاره على عقار جار له ، وتسجل العقد ، ثم جاء التأشير لعريضة الدعوى بعد ذلك ، فلا مفعول لهذا التأشير

وهذه القاعدة التى قررتها هذه الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ هى نفس القاعدة المقررة من قبل فى القانون المدنى المصرى المختلط دون الاهلى . اذ وردت به نصوص جعلت لمكتسب الحق العينى العقارى بحسن نية مركزاً فى نظر القانون لم يتردد معه الشارع فى ضرورة حمايته وعدم فتح أبواب النقض أمامه . وأمثال هذه النصوص كثيرة فى القانون المختلط : منها المادة ١٠٧ ونصها : « وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن للعقار اذا كان معتقداً صحة الرهن أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من الراهن مدة خمسة سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن » والمادة ١٧٦ ونصها « فسخ العقد المشتمل على انتقال ملك العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار اذا كانت رهونانهم مسجلة » وهكذا فى بقية المواد الأخرى[١]

وكان الشارع المصرى يتردد فى مشروعه الأول بشأن تقرير الاثر الناشيء عن عدم التأشير أو التسجيل لعريضة الدعوى . اذ قرر المشروع الذى وضعته اللجنة الخاصة جزاء خاصاً فى أنه يترتب على عدم التأشير أو التسجيل عدم جواز النظر فى الدعوى المتعلقة بالطلبات المبينة بالمادة ٧ من القانون الحاضر وهى طلبات

---

(١) وقد ذكرت المذكرة الايضاحية هذه المواد : النبذة ١١ ص ٤٦٣ الماهود الثانى وهى هذه : ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٧٨ ، ١٠٧ ، ١٧٦ ، ١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٣٤٠ ، ٣٨٥ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢٠ ، ٦٧٥ ، ٧٤٧ من القانون المدنى المختلط

البطلان والفسخ الخ. وقررت جزاء آخر وهو عدم تسليم المدعى صورة تنفيذية من الحكم الا بعد تأكد قلم الكتاب من حصول التأشير والتسجيل [١] ولكن الشارع لم يشأ الاخذ بهذين الجزاءين معاً ولا بأحد منهما بل رأى ترك الخيار لصاحب الشأن وهو المدعى فى القيام بطلب التأشير أو التسجيل على حسب ما يرى . أى ان الشارع أحل النظام الاختيارى محل النظام الالزامى

٦٣٩ — أثر التأشير والتسجيل على الاجنبي : اذا كانت الدعوى المرفوعة باحدى الطلبات الواردة بالمادة ٧ من اختصاص المحاكم الاهلية فلا ينفذ التأشير والتسجيل للعريضة على الغير الاجنبي الا اذا كان مؤشراً بهما فى السجلات المختلطة بناء على طلب من له مصلحة فى ذلك . ولذا قررت المادة ١١ ما يأتى : « لاجل أن تكون الدعوى حجة على الغير من ذوى الجنسية الاجنبية [٢] يجب أن يطلب صاحب الشأن [٣] قيد [٤] التسجيلات والتأشيرات المذكورة فى المواد ٧ و٨ و١٠ بقلم الرهن المختلط [٥] الكائن فى دائرته العقار » وعلى ذلك يجب على من يهمه الامر وعلى صاحب المصلحة فيه أن يسارع بطلب قيد التأشيرات والتسجيلات بقلم الرهن المختلط حتى يكون حجة على الاجانب الذين يتعاملون مع المدعى عليه بشأن العقار المتنازع فيه . والمفهوم أن القيد لاينفذ على الاجنبي الا من وقت حصوله . وقد قرر الشارع ضرورة القيام بهذا القيد أخذاً عن قانون الشفعة الصادر فى ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ بالمادة الرابعة [٦] اذ قررت تلك المادة ضرورة تسجيل ورقة عرض طلب الاخذ بالشفعة بقلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يشأ الشارع أن يجعل هذا القيد بفعل المحكمة الاهلية بل بفعل وطلب صاحب الشأن . ويرمى الشارع بذلك الى افلات

---

(١) المذكرة الايضاحية نبذة ١١ ص ٤٦٤ (٢) Tiers de nationalité étrangère (٣) La diligence des interéssés (٤) Reproduites (٥) Bureau hypothécaire (٦) لا الرابعة عشر كما ذكرت المذكرة الايضاحية خطأ بالنبذة ١٢ ص ٤٦٤ العامود الثاني

الحكومة من المسئولية المحتملة بسبب عدم حصول القيد

هذا ما يتعلق بالمسائل التى ذكر القانون بالمادة ١١ ضرورة الاخذ فيها بعملية التأشير والتسجيل ، وهى المسائل الخاصة بطلب البطلان والفسخ والالغاء والرجوع والاستحقاق . ولننظر الآن فى النوع الآخر الذى لم ينص عليه

٦٤٠ — ثانياً . الدعاوى التى لم ينص عليها القانون الجديد بالمادة ٧ :
ورد بالمذكرة الايضاحية بشأن هذه المسائل ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدعاوى التى لم يرد فى القانون ذكر ما يترتب عليها بالنسبة للغير (مثل دعوى ابطال تصرفات المدين ودعوى الصورية وهى دعاوى كثيرة العدد فى المحاكم) فتبقى خاضعة للمبادئ القانونية التى أقرتها المحاكم مع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى من المادة ١٢ » اهـ [(١)]

وعلى ذلك ومن مقارنة المادة ٧ بهذه النبذة من المذكرة الايضاحية التى تعتبر عملا تشريعياً تحضيريا للقانون نرى ما يأتى :

ا — ان المادة ٧ وردت على سبيل الحصر . فلا يجوز اعتبار التأشير والتسجيل لازمين فيها الا فى الاحوال التى وردت بها على سبيل الحصر والتعيين . وعلى ذلك لا يكون التأشير أو التسجيل نافذين على الغير الا فى الاحوال الخمسة الواردة بالمادة المذكورة وهى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع والاستحقاق

ب — ان الاحوال الاخرى التى لم يرد لها ذكر بالمادة ٧ غير خاضعة للتأشير أو التسجيل . وبذلك يكون الحكم فيها ساريا على الغير من غير حاجة الى التأشير بعريضة الدعوى أو الى تسجيلها . فاذا رفعت دعوى الابطال أى دعوى ابطال تصرفات المدين [(٢)] ، وهى الدعوى التى يرفعها الدائن ويطلب فيها ابطال العقد الصادر من المدين اضراراً بهذا الدائن ، فلا يلزم المدعى بضرورة التأشير بالعريضة اذا كان العقد المطعون فيه مسجلا ، أو تسجيلها اذا كان غير مسجل . بل يمضى

(١) المذكرة النبذة ١٠ فى آخرها س ٤٦٣

(٢) Action révocatiore

فى الدعوى كما هى . فاذا صدر لمصلحته الحكم اعتبر حجة على الغير . ولكن يلاحظ هنا ضرورة الاخذ بالقواعد القانونية المقررة فى هذه الاحوال . اذ من هو الغير هنا ؟ الغير هنا هو من تعامل مع المشترى تعاملا عينياً عقاريا منصباً على العقار محل التهريب . فاذا اشترى مشتر من المشترى الاول فاما أن يكون قد سجل عقده واما لا . فاذا لم يسجل عقده فلا عبرة به أخذاً بالمادة الاولى من القانون الجديد الذى يجب الاخذ به هنا لانه يتعلق بنقل الملكية بين المتعاقدين . وأما اذا سجل فهو اما أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم بخروج العقار من مال المالك الاصلى من طريق التهريب اضراراً بالدائنين ، وفى هذه الحالة ينفذ عقده على المدعى فى دعوى الابطال [1] واما أنه يعلم بالتهريب ، وفى هذه الحالة لا ينفذ عقده ضد المدعى فى الابطال . لان التسجيل بالقانون الجديد هو كالتسجيل فى القانون القديم من حيث أن التسجيل لا يطهر العقد المشوب بالتواطؤ والتدليس ولا يعمل على نقل الملكية بين العاقدين وعلى الغير الا اذا كان نقياً من هذه الشائبة (أنظر المادة ٢)

قلنا ان عقد المشترى من المشترى اذا تسجل ينفذ على المدعى فى دعوى الابطال . ولكن هل يجوز لهذا المدعى أن يطلب تسجيل عريضة دعوى الابطال حتى يكون تسجيلها حجة على المشترى من المشترى ؟ ان مصلحة المدعى ظاهرة فى هذا التسجيل اذ يبطل به مفعول تصرفات المتعاقد مع مدينه كما أنه يبطل أيضاً تصرفات المدين نفسه على نفس العقار فيما اذا تعددت التصرفات الكثيرة على العقار الواحد ، كأن يرهن أولا رهناً رسمياً ثم يرهن رهناً عقاريا ثم يبيع ، وكل ذلك فى أوقات مختلفة . واذا كانت مصلحته ظاهرة فهل يجوز قبول طلب تسجيله لعريضة الدعوى أم أن حافظ السجلات يرفض طلبه ، باعتبار أن التأشير أو التسجيل انما هما واردان فى الاحوال الخمسة المبينة بالمادة السابقة؟ انا نرى أنه لا يجوز لحافظ السجلات رفض هذا الطلب ، ولو أن دعوى الابطال

---

(١) الالتزامات ص ٣٥٠ ن ٣٥٨

أو دعوى الصورية لم ترد كلتاهما بالمادة السابعة المذكورة . وانما الخوف فيما اذا رفض حافظ السجل التسجيل وفات الوقت المناسب (وقد جرت عادة حفظة السجلات فى عهد القانون القديم أن لا يرفضوا تسجيل عرائض الدعاوى على اختلاف أنواعها والانذارات أيضاً) . فهل يجوز الرجوع على الحكومة بتعويض أم لا ؟ فى الغالب لا يجوز . ولذا نرى أنه كان يجب على الشارع أن يجعل أمر التأشير والتسجيل بالمادة ٧ أمراً عاماً يتمشى على جميع أنواع عرائض الدعاوى مهما اختلفت أنواعها . وما كانت هناك حاجة الى هذا القيد من حيث حصر أنواع الدعاوى

وكذلك الحال فى دعوى الصورية . فان هذه الدعوى تظل خاضعة للاحكام المقررة مدة القانون القديم مع ضرورة مراعاة الاصول العامة التى رجع اليها القانون الجديد ، بمعنى ان التسجيل فى القانون الجديد لا يعتبر مطلقاً ناقلا للملكية فى عقد صورى . وهذا قياساً على ما قلناه ، بالرجوع الى عبارة التدليس الواردة بالمادة ٧ ، فى أن التواطؤ لا يقرر حقاً ولا ينشىء حقاً سواء كان مسجلا طبقاً للقانون القديم بالنسبة للغير ، أو طبقاً للقانون الجديد بالنسبة للعاقدين والغير معاً

وأمر الطعن فى العقود الصورية ليس من الصعوبة بما رأينا فى أمر دعوى الابطال من حيث سوء نية المتعاقد الصورى مع المدين . اذ العقد الصورى باطل كل البطلان ولا يترتب عنه أى أثر ما ، بخلاف العقد المطعون فيه بالابطال فان أثره القانونى موجود بين طرفيه ، الامر الذى يترتب عليه صحة التصرفات الحاصلة من المشترى الى مشتر آخر اذا كان هذا الاخير حسن النية كما ذكرنا . وأما فى العقد الصورى فانه ما دام معدوم الاثر فى ذاته وليس له ظل من القوة القانونية فلا يترتب عليه أثر ما خارج دائرة العاقدين أيضاً . بمعنى أن المشترى بحسن نية من المشترى الصورى الاول لا يملك حقاً ما ولا أثر لعقده قبل الدائن الطاعن بالابطال لان أصل العقد الاول صورى أى غير موجود قانونا ، ولا يترتب على عدم

الوجود الا عدم الوجود [١] وعلى ذلك اذا سجل المتعاقد مع المشترى الصورى عقده وكان حسن النية أيضاً فلا ينفذ عقده على الدائن الطاعن بالصورية . وبناء على ذلك لا محل للتأشير والتسجيل لعريضة دعوى الصورية .

وما القول بشأن دعوى شطب الرهن فهل يجوز تسجيل عريضة الدعوى فيها أم لا يجوز ؟ رأينا أن الدعاوى الخاضعة للتسجيل هى الدعاوى الخمسية المبينة بالمادة ٧ من القانون المذكور . وعلى ذلك لا تخضع دعوى شطب الرهن للتسجيل . ولكن أليس فى ذلك خطر يهدد صاحب الدعوى ؟ فاذا جاء المدين الراهن واتفق مع الدائن المرتهن على شطب الرهن بورقة عرفية ورفع المدين دعوى وطلب فيها الحكم بالاخذ بمفعول هذه الورقة العرفية (لان الشطب لا يجوز الا بورقة رسمية [٢] أو بحكم المادة ٥٧١\٦٩٥ مدنى (أو دفع المدين الدين وسوف الدائن فى تسليم المدين ورقة رسمية بالشطب ، واضطر المدين الى رفع دعوى الشطب ، فانه يخشى أن يستفيد الدائن من طول نظر الدعوى فيتصرف فى دينه بالتحويل لآخر . نعم ولو أن هذا التحويل لا يكون حجة على الغير الا اذا كان مسجلا طبقاً لقانون التسجيل الجديد (المادة ١٣) ، الا أن المدين لا يعتبر من الغير . وعلى ذلك يرى أن هناك خطراً محدقاً بالمدين فى حرمانه من تسجيل عريضة دعواه

٦٤١ — ٣ . — تنازع المتعاقد مع الوارث ، مع المتعاقد على المورث :
رأينا أن الخلاف قائم فى عهد القانون القديم فى أى العقدين يفضل الآخر . فمذهب يقول بأفضلية عقد المشترى من المورث ولو لم يسجل أخذاً بالقاعدة الشرعية بان لا تركة الا بعد سداد الدين . ومذهب يقول بأفضلية عقد المشترى من الوارث والذى يسجل أخذاً بقاعدة الافضلية بسبب التسجيل . اذا علم ذلك فهل قضى القانون الجديد على هذا النزاع أم لا زال قائماً ؟ الفصل فى ذلك يرجع الى الحجج التى يستند اليها كل فريق . فالفريق الاول يقول بان لا محل للاخذ بقاعدة

---

(١) الالتزامات ص ٣٥٦ ن ٣٦٥ (٢) Anstentique

التسجيل (القديم) لان الغيرية فى التسجيل لا تكون الا عند اعتبار المتنازعين مالكين من مالك واحد ، وقد ملك المشترى الاول من المورث وملك المشترى الثانى من الوارث ، فالمملك لهما غير واحد بل هو اثنان . وعلى ذلك لا محل للاخذ بالغيرية . والفريق الثانى يرى أن ملكية المورث انتقلت الى الوارث (لان الوارث استمد شخصية مورثه) من طريق القانون بالذات (المادة ٦١٠/٧٣٦ مدنى) بلا حاجة الى تسجيل الوراثة . أى أن « المورث يعتبر بالنسبة للمشترى الثانى مالكا للمبيع لحين وفاته ، مادام عقد المشترى الاول لم يسجل (وقرر القضاء المختلط أن العقار لا يخرج من ملك صاحبه الا بعقد مسجل ويجوز أن يدخل فى ملكه بعقد غير مسجل) وكذلك الورثة بالنسبة للمشترى الثانى يعتبرون مالكين للمبيع بمجرد ثبوت الوراثة بلا حاجة الى تسجيل[1] وما دام أن الوارث تلقى الملكية من القانون فيعتبر المشترى منه تلقاها من القانون أيضاً [2] ولقد سبق لنا أن أيدنا الرأى الثانى [3] .

فهل قضى القانون الجديد على هذه الحجج وما نجم عنها فى هذا الجدل الذى ترتب عليه وجود مذهبين ؟ ربما يقول أنصار الرأى القائل بتفضيل عقد المورث على عقد الوارث ان كل ما قرره القانون الجديد أن الملكية لا تنتقل بين العاقدين الا بالتسجيل . ومحل ذلك أن يكون البائع مالكا أى لا تنتقل الملكية مطلقاً بالتسجيل من البائع غير المالك . لان التسجيل الحاضر لم يرفع

(١) العقود للهلالى بك ص ٢٩١ ن ٤٦٢ فى آخرها (٢) الهلالى بك النبذة السابقة ص ٢٩٢ ثالثا (٣) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ والمراجع . انظر ما دار من المناقشة حول ماعرضه موسيو برناردى بشأن تصرفات الوارث قبل أخذ دائنى التركة حقوقهم والمادة ٥٨٣ من مرشد الحيران والمادة ٢٤ من مشروع السجل العقارى سنة ٩٠٤ ومشروع مادة وضعه موسيو بيوه كازيلى — وانظر المناقشات التى حصلت بشأن اثبات الوراثة واشهارها وبشأن العقود الصادرة من الوارث الظاهر héritier apparent (محضر جلسة ٢٦ فبراير ١٩٢٣) وبشأن ديون المتوفى وضرورة تقرير قاعدة للمطالبة بها حتى لا يضار المشترون من الوارث . وحصلت هذه المناقشات فى حضرة الشيخ محمد بخيت المفتى السابق للديار المصرية (محضر جلسة ١٨ مارس ١٩٢٣)

مطلقا شوائب العقد الاول فيما اذا كان البائع غير مالك . والمشروع الثانى الخاص بالسجلات العقارية رأى أن يقرر كما لاحظنا ذلك فى مكانه ، أن يحصل نقل الملكية للمشترى بمجرد القيد بالسجل سواء كان البائع مالكا فى الحقيقة أم غير مالك . ويرجع ذلك الى الضمانات المقررة فى درس عقد نقل الملكية والتحقق من ملكية البائع . حتى اذا ما ظهر بعد هذا كله أن البائع مع ذلك غير مالك فلا يمس العقد المقيد بأى مساس ما ، بل يقضى للمالك الحقيقى بتعويض رأى فيه البعض ضرورة التأمين عليه زيادة فى ضمان حقوق المالك الحقيقى . رأينا ذلك كله فى مكانه . أما الشارع الحاضر فانه لم يشأ أن يأخذ بتلك القاعدة الواردة بمشروع السجلات العقارية بل ظل التسجيل فى الوقت الحاضر كما كان من قبل ولما ينشأ بعد نظام السجلات العقارية . أى ان التسجيل لا يطهر العقد من شوائب انكار الملكية من المالك الحقيقى . فاذا علم ذلك صح القول بأن التسجيل فى الوقت الحاضر ، ولو أن من آثاره ضرورة نقل الملكية بين المتعاقدين ، لم يؤثر تأثيراً ما على الخلاف القائم بشأن التفاضل بين المتعاقد مع المورث ، والمتعاقد مع الوارث . وذلك كله يرجع الى أن التسجيل الناقل للملكية بين العاقدين هو المنصب على العقد الصادر من المالك . وأما اذا صدر من غير مالك فلا عبرة به . وما دام أن المذهبين لا زالا قائمين بشأن من هو المالك ، هل هو المورث أو الوارث ، فالخلاف قائم حتما فى عهد القانون الجديد أيضاً . انما يزول الخلاف تماماً عند الاخذ بنظام السجلات العقارية

هذا ما يحتمل أن يقوله أنصار مذهب تفضيل عقد المورث على عقد الوارث وهو قول لا يتفق مع المبدأ الذى قرره قانون التسجيل فى أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل . نعم ولو أن للمشترى الذى لم يسجل عقده حق مطالبة البائع بتسليم العقار وبما يترتب بوجه عام عن عقد البيع . وأن له أيضاً حق مطالبة وارث البائع بنفس هذه الحقوق ، وهى واجبات متروكة حتما عن المورث بالتركة ، يلتزم بها الورثة . وأنه لا يجوز للوارث التمسك بعدم التسجيل ما دام أن مورثه ممنوع من التمسك به . نعم ولو أن ذلك كله صحيح ، الا أن الملكية تعتبر لا زالت

موجودة بالتركة فى نظر الوارث والمشترى منه وفى نظر القانون أيضاً (اذا كان الوارث والمشترى منه، أوهذا الاخير فقط، يجهلانسبق تصرف المورث) . وعلى ذلك يكون تصرف الوارث صحيحاً وينفذ عند تسجيله على عقد المشترى من المورث غير المسجل

وعلى ذلك يكون قانون التسجيل الجديد قد قضى على هذا النزاع القديم وأجهز عليه [1] وكل ما للمشترى من المورث انما هو مطالبة الورثة بأن يدفعوا من مال التركة قيمة هذا الالتزام الشخصى ، أى المطالبة بمال نقدى لا المطالبة بحق عينى عقارى بحيث لا يجوز أن تتناول المطالبة العقار الذى خرج . بمعنى أن المشترى ينفذ الحكم على العقارات الموجودة بعد استبعاد العقار المبيع . والا اذا قيل بجواز تنفيذ الحكم على هذا العقار المبيع لتعطل مفعول النظرية التى قررناها لان حماية المشترى فى اخراج العقار من التركة تزول وتصبح لا فائدة منها اذا أصابها حكم لدائن التركة بالتنفيذ على العقار

٦٤١ — ٤ — هل تسجيل تنبيه نزع الملكية يقرر حقاً عقارياً للدائن ؟ : بينا أن الخلاف قائم بفرنسا وبمصر. والرأى الغالب عند الشارحين هو أن تسجيل التنبيه لا ينشأ عنه حق عينى عقارى للدائن صاحب التنبيه . ولقد أخذنا بالرأى المعارض ورأينا أن تسجيل التنبيه يحدث حقا عينياً عقارياً أو حقاً قرره القانون نفسه على العقار لمصلحة الدائن [2]. ونرى أن باب الخلاف لازال مفتوحاً بالقانون الجديد لان هذا القانون لم يمس القواعد المقررة بقانون المرافعات من حيث الغيرية بسبب التسجيل. وكأن تسجيل التنبيه فى المرافعات يحكى تسجيل عرائض الدعوى بالمادة السابقة من القانون الجديد، بمعنى أن الاثر فيهما هو منع المسجل ضده من التصرف

٦٤٣ — ٥ — تسجيل عرائض الدعاوى والانذارات على يد محضر : رأينا فى عهد القانون القديم أن حفظة السجلات لا يرفضون تسجيل عرائض الدعاوى والانذارات على أيدى المحضرين . ورأينا أن القضاء لا يقسط هذا التسجيل قسطاً

(١) الهلالي بك فى العقود س ٢٩٧ ن ٤٦٩ — على أننا نتردد فى القول بالاجهاز نظراً للاعتبارات العملية التى أشرنا اليها (٢) المداينات ج ٢ س ٤١٢ و ٤١٤
(٣) وهو ما يسميه « دوجى Duguit » situation objective — أنظرها س ٩٢٧

قانونياً ما ، مادام أن القانون لم يجعل هذه الأوراق ضمن الأوراق الخاضعة للتسجيل . وأما القانون الجديد فقد أباح كما رأينا تسجيل عرائض الدعاوى الخمس المقررة بالمادة ٧ منه . ولم يشر الى غيرها من الدعاوى الاخرى وما الى الانذارات على أيدى المحضرين . ولكنا نظن أن العمل سيجرى بعد صدور القانون الجديد على ما كان يتبعه من قبل فى عدم رفض تسجيل هذه الاوراق المقدمة اليه . وقد بينا أن فى تسجيل عرائض الدعوى على اختلاف أنواعها بما فيها دعوى ابطال التصرفات أثراً قانونياً هاماً يحمى المدعى فى دعوى الابطال من تصرف المشترى المطعون فى عقده الى آخرين

٦٤٤ — ٦ — **تسجيل ورقة الضد** : هناك خلاف فى عهد القانون القديم عما اذا كانت ورقة الضد المسجلة حجة على الغير أم لا ؟ ويرجع ذلك كله الى معرفة ما اذا كانت ورقة الضد ناقلة لحق عينى عقارى ، أم مؤيدة لهذا الحق ، أم هى لا هذا ولا ذاك باعتبار أنها لم تمس الحق المقرر من قبل ما دام أن العقد الذى تنفيه هو عقد صورى . ويقول دى لوان[١] بسريانها ومعه القضاء الفرنسى والمصرى ويقول بعدم سريانها تيسييه[٢] ونحن نؤيد الرأى الثانى . مع ملاحظة أنه اذا ثبت علم الغير بتسجيل ورقة الضد ثبوتاً أكيداً أصبحت حجة عليه لا لأن تسجيلها حجة على الغير بوجه عام بل لان الغير اذا علم بها من طريق التسجيل أصبح سيء النية عند تعامله . فاذا لم يعلم بالتسجيل ، وهو ليس ملزماً بالكشف عليه فلا يعتبر حجة عليه كما ذكرنا

وانا نرى أن هذا النزاع لازال قائماً بالقانون الجديد . لان الاوراق الخاضعة للتسجيل فى القانونين القديم والجديد واحدة ، فى أنه يجب أن تكون خاصة بنقل أو انقضاء أو تعديل حق عينى عقارى . فهل ورقة الضد تقوم بشيء من ذلك ، أم انها ورقة لم تمس الحق المقرر من قبل بشيء ما ؟ فالرأى الاول يقول بأنها ناقلة

(١) De Loynes (٢) تيسييه Tissier وبارد Barde

للحق بأن ردته الى صاحبه من طريق ابطال مفعول العقد الصورى ، أو انها مؤيدة للحق السابق . وسواء كانت ناقلة أو مؤيدة فانها خاضعة للتسجيل الجديد أخذاً بالمادة الاولى فى حالة النقل والمادة الثانية فى حالة التأييد . وأما على حسب الرأى الثانى الذى تقول به فانها لاتخضع للتسجيل ما دام انها غير ناقلة وغير مؤيدة لانها لم تمس الحق الاول بشىء ما ، لا من حيث النقل ، لان الحق الاول لم يزل ، ولا من حيث التأييد ، لان الحق الاول لم يصب بشىء ما

§ ٣ — اجراءات التأشير

وتسجيل الدعاوى

٦٤٥ — يقدم صاحب الشأن عريضة الدعوى للتأشير بها ان كان العقد مسجلا من قبل ، ولتسجيلها ان لم يكن مسجلا

عريضة الدعوى . لا تقدم الدعوى للتأشير والتسجيل الا بعد اعلانها [١] وقيدها بدفتر الدعاوى بالمحكمة [٢] (المادة ٨) . فاذا أعلنت ولم تقيد بدفتر الدعاوى فلا يجوز تقديمها لحافظ السجلات . لان الدعوى لا تعتبر موجودة قانوناً فى نظر المحكمة الا بقيدها بدفتر قيد الدعاوى . وأما قبل القيد فان المحكمة تهملها

مقدم العريضة . تقبل العريضة لدى حفظة السجلات من « صاحب الشأن » [٣] (والكلمة الفرنسية تشير الى أحد طرفى الخصومة . والعبارة العربية تشير الى كل من له مصلحة فى التأشير والتسجيل . وربما كان التعبير العربى أصح وآثر فى جلاء القاعدة) . لانه اذا تأخر المدعى عن تقديم العريضة لقلم التسجيلات جاز لاى شخص آخر يرى من مصلحته تقديمها أن يقدمها . كالضامن مثلا فى الدعوى ، وهو الضامن المدخل فيها بمعرفة المدعى . أو أحد دائنى المدعى اذ يرى مصلحة

---

(١) Assignation signifiée (٢) Enrolée (٣) Partie

له فى ذلك حتى يقطع خط الرجعة على مدينه من القيام بتصرفات تخرج العقار من مال مدينه ، وهو المال الضامن له ، بحق مبدأ الضمان العام أو الرهن العام [١] ، أو الوكيل أو القيم أو الوصى

التأشير : يقع التأشير [٢] عند سبق تسجيل العقد المطعون فيه . ويحصل بأن يذكر فى السجلات تاريخ العريضة ونوع الدعوى [٣] والطلبات المبينة بالعريضة [٤] وأسماء الخصوم (المادة ٨)

التسجيل : ويحصل التسجيل [٥] بقيد ملخص العريضة [٦] ووصف العقار المتنازع فيه [٧] ، مع ذكر البيانات المتقدمة الواردة بالتأشير (المادة ٨)

٦٤٦ — الاحكام الصادرة فى الدعاوى . يترتب على التأشير وتسجيل عريضة الدعوى اشهار ما عرض للعقار من المشاكل . اذ بهما يصبح العقار مكشوف الستار عما شابه من أنواع النزاع . فلا يعدم أحد من طريق التعاقد على صاحب العقار الا ويستطيع أن يعلم ما يشوب العقار من الاشكالات . والاشهار هذا انما هو خاص فقط بعريضة الدعوى دون غيرها . ولكن مما يهم صاحب العقار وكل ذى شأن فيه أن يعلم الجمهور ما انتهى اليه النزاع القائم الذى تم عليه التأشير والتسجيل . لذا تحتم ضرورة الاشارة بالتأشير والتسجيل بما حكم به الحكم بمنطوقه . وفى ذلك تقول المادة ١٠ ما يأتى : « يؤشر بمنطوق الحكم [٨] الصادر فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى [٩] أو فى هامش تسجيلها » [١٠] ولم يبين الشارع فيما اذا كان الحكم الذى يحصل بمقتضاه التأشير حكما نهائيا أم لا . ولكن المفهوم أنه يجب أن يكون الحكم نهائياً . والا اذا كان صادرا من محكمة أول درجة لترتب على ذلك ضرورة عمل تأشير

---

(١) Gage général (٢) Les annotations
(٣) nature de la Demande (٤) Conclusions de la demande
(٥) Transcription (٦) Extrait (٧) Description de l'immeuble
(٨) en leur dispositif (٩) à la suite de l'annotation
(١٠) En marge de la transcrption

آخر ملغ أو مؤيد للتأشير الحاصل بالحكم الاول . وهو لم يقل به القانون

وقصر الشارع هنا التأشير بالاحكام على الاحوال الخمس الواردة بالمادة السابقة. ولقدسبق لنا أن بيناخطورة تحديد أنواع الدعاوى وقصرها على خمس دون أن تتناول دعوى ابطال تصرفات المدين . وبينا أيضا مبلغ الفائدة التى تعود على المدعى فى دعوى الابطال من التأشير بعريضة دعواه أو تسجيلها حتى يقطع بذلك خط الرجعة على المتعاقد مع المدين من أن يتصرف هو من جانبه فى العقار الخارج من مال المدين من طريق التهريب . واذا فرض وأجاب حافظ السجل التأشير أو تسجيل عريضة دعوى الابطال ، كما كان التسجيل مباحاً عملاقبل صدور القانون الجديد حتى وصلت الاباحة الى تسجيل الانذارات على يد محضر ، فهل يترتب على ذلك ضرورة التأشير بالحكم الصادر فى دعوى الابطال بذيل التأشير بعريضة الدعوى أو بهامش تسجيلها ؟ ان التأشير بالحكم هو من عمل كاتب المحكمة . انما اذا أراد صاحب الشأن أن يكون التأشير وتسجيل العريضة والتأشير بالحكم، كل ذلك سارياً على الاجانب وجب أن يطلب « قيد السجلات والتأشيرات المذكورة فى المواد ٧ و٨ و١٠ بقلم الرهون المختلط الكائن فى دائرته العقار » (المادة ١١) . أى ان كاتب المحكمة لا يرسل من تلقاء نفسه هذه التأشيرات على اختلاف أنواعها الى قلم الرهون المختلط ، وذلك حتى لاتحمل الحكومة بمسئولية محتملة تنشأ عن التأخير فى الارسال . انما يجب على كاتب المحكمة أن يقوم من تلقاء نفسه بالتأشير بالحكم . ولا قيمة لذلك ما دام أن أقلام التسجيلات بيد المحاكم المختلطة بوجه عام . فلا بد حينئذ من طلب صاحب الشأن . والذى نراه بعد ذلك أنه اذا حصل تأشير أو تسجيل لعريضة دعوى الابطال جاز لصاحب الشأن طلب التأشير بمنطوق الحكم الصادر فى تلك الدعوى . أما اذا لم يحصل شىء بشأن العريضة فلا محل للتأشير بالحكم . انما يجب فى هذه الحالة تسجيل الحكم طبقاً للمادة ٢ من القانون حتى يكون حجة على الغير

§ ٤ — فى آثار التأشير بالحكم

٦٤٧ — قررت المادة ١٢ فيما يتعلق بآثار التأشير بالحكم ما يأتى : «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابقة أو التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها. — وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » وقد سبق أن بينا ذلك بمكان سابق

§ ٥ — التأشير أو التسجيل لعرائض

الدعاوى من طريق الكيد والتشفى

٦٤٨ — يحصل أن المدعى فى احدى الدعاوى الخمس المبينة بالمادة السابقة أو فى دعوى الابطال لم يشأ من المضى فى دعواه الا قصد الكيد لخصمه والنيل منه حتى يرغمه بذلك الى النزول له على ارادته . فيسارع المدعى الى اعلان العريضة لخصمه ويقيدها بدفتر قيد الدعاوى بالمحكمة ، ثم يعمل على التأشير بها أو تسجيلها حتى يعلم الكافة من أمر النزاع وما أحاط العقار من الاشكالات ، ما يمكن معه أن تقف الحالة الاقتصادية الخاصة بالعقار فلا يروج العقار ويكسد سوقه فى مجال التعامل اذا كان معروضا للبيع أو للرهن الرسمى أو العقارى . ولا مشاحة أن فى مثل هذا الاشهار والعلانية وما قصده صاحب الدعوى من النيل من خصمه ما يضر بمصالح الافراد وتعطيل رواج المعاملات بينهم . وربما يترتب على ذلك أن يفوت الغرض الذى يرمى اليه الشارع من خدمة الغير بالاشهار والعلانية ، فينقلب هذا الاشهار الى الحاق الضرر بأصحاب العقارات . لذا رأى الشارع أن يرسم طريقاً سريعاً الى الفصل فى جدية أو عدم جدية هذا الاشهار الخاص بالتأشير وتسجيل عريضة الدعوى

فصلا خاصاً مستقلا عن الدعوى . وقرر بالمادة ٩ ما يأتى : « لكل طرف ذى شأن[١] أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة[٢] شطب[٣] التأشير أو التسجيل المشار اليه من المادة السابقة . فيأمر به القاضى اذا تبين له أن ذلك التأشير أو التسجيل لم يطلب الا لغرض كيدى محض[٤] » ولعل ذلك خطوة حديثة العهد فى التشريع المصرى اذ لأول مرة يقرر الشارع المصرى عرض العمل المطعون فيه بأنه كيدى على القضاء ، الامر الذى يحكى نوعاًماهومعروف بانكلترا[٥] وذلك ليفصل القاضى أولا وبادىء ذى بدء فيما اذا كان يجوز المضى فى العمل المطعون فيه أم لا . ولما كان البت فى كيدية العمل أمراً محفوفاً بالدقة لما فى ذلك من الخطر فى حرمان التأشير أو تسجيل عريضة الدعاوى من آثارها القانونية من حيث الاشهار والعلانية عما يحف العقار من المخاوف والمخاطر بالنسبة للغير أولا ، ومن حيث المصلحة التى يرجوها صاحب العريضة ثانياً ، رأى الشارع أن يتشدد فى قبول طلب شطب التأشير والتسجيل بحيث لا يقضى بالشطب الا اذا كان التأشير أو التسجيل « لغرض كيدى محض »[٦] وبالتأمل فى تحليل تلك المادة نرى ما يأتى :

١ — ان القانون لم يبين لنا من هو قاضى الأمور المستعجلة الحقيقى الذى ينظرطلب الشطب ؟ هل هو قاضى محل وجود العقار ، أم قاضى محل اقامة المدعى عليه فى الشطب ، وهو المدعى أصلا فى الدعوى الاصلية ، أم قاضى محل وجود قلم التسجيلات ؟ والامر فى ذلك يرجع لقانون المرافعات

٢ — ان الحكم الذى يصدر فى الدعوى المستعجلة حكم قابل للاستئناف . ولكن هل يترتب على ذلك انه لايجوزالتأشيربالشطب الا بعد صدور الحكم بطريقة

(١) Toute partie interessée (٢) Se pourvoir en référé
(٣) Radiation (٤) Manifestement vexatoire انظر المذكرة الايضاحية النبذة ٧ ص ٤٦٢ (٥) راجع رسالة جوسران فى التعسف فى استعمال الحق سنة ١٩٠٥
(٦) Manifestement vexatoire

نهائية ، برغم أن الاحكام المستعجلة مشفوعة دائما بالنفاذ المعجل ؟ نظن السلب

٣ — لا محل لادخال قلم التسجيلات خصما بالدعوى لأنه لا شأن له بها . اذ ينحصر عمله فى أن ينفذ الحكم اذا صدر الشطب

٤ — يحصل التأشير والتسجيل لعريضة الدعوى دون أى اعتراض ما من حافظ السجل . ولكن هل يجوز لصاحب الشأن أن يطلب الى قاضى الأمور المستعجلة منع حصول التأشير والتسجيل قبل وقوعهما ؟ أم هو مقيد بأن لاينظر فى الطلب المستعجل الا بعد حصول التأشير والتسجيل ؟ أو بعبارة أخرى هل يعتبر نص المادة ٩ نصاً مانعاً أم نصاً مصححاً ؟ يظهر أنه نص مصحح لا مانع

٥ — ان الفصل فى كيدية التأشير والتسجيل لا يؤثر مطلقاً على الدعوى الاصلية . أى أن الحكم المستعجل لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى الاصلية . وتترتب على ذلك نتائج هامة :

١ — اذا حكم بالشطب وتنفذ الحكم زال أثر التأشير والتسجيل . ولكن ما القول فيما اذا حكم فى الدعوى الاصلية لمصلحة المدعى ؟ لا يكون للحكم أثر قبل الغير الا من وقت تسجيله طبقاً للمادة الأولى ، لاطبقا للمادة ١٠ ، التى قررت بالتأشير بمنطوق الحكم فى ذيل التأشير بعريضة الدعوى أو فى هامش تسجيلها ، وذلك لان التأشير الاول أوالتسجيل الاول قد زال بحكم الشطب . وفى ذلك من الاضرار البليغة ما فيه بالمدعى

ب — اذا قضى على عكس ما تقدم برفض الدعوى المستعجلة بالشطب وظل التأشير أو التسجيل للعريضة قائما ثم قضى فى الدعوى الاصلية بالرفض ، ربما يتأذى من ذلك المدعى عليه فى الدعوى الاصلية . اذ قد تفوته ظروف كان يستطيع فيها التصرف فى عقاره . ذلك لانه نظراً لما حصل من الاشهار والتسجيل لعريضة الدعوى فان الناس قد أحجموا عن التعامل معه

وان كان يصح فى الحالتين الرجوع بتعويض على من تسبب فى الضرر ، الا

أن هذا التعويض قد لا يكون منتظما فيما لو زال سببه أولا حتى لا يقع هذا الضرر

على انه مهما قيل من الشؤون المختلفة فى تحليل المادة ٩ فانا نرى أن منافعها أكثر من مضارها

ب — اسقاط الدين المضمون عقاريا وتحويله

٦٤٩ — رأينا فى المشروع الثانى الخاص بالسجلات العقارية أن المادة ٢٩ منه قررت ضرورة قيد اسقاط [١] أو تحويل الدين [٢] المضمون بتأمين عينى عقارى [٣] ، وقيده بالسجلات العقارية حتى يكون الاسقاط أو التحويل حجة على الغير . وقلنا بانه فى حالة عدم حصول القيد يبقى هذا الحق العينى الضامن للدين قائما باسم الدائن الاصلى المسجل ، وانه يترتب على ذلك اذا رضى هذا الدائن بشطب الرهن فى مصلحة المدين قبل حصول تسجيل الاسقاط أو الحلول ، نفذ الشطب على المسقط اليه [٤] أو المحول اليه [٥] . الا أنه يلاحظ مع ذلك أن تحويل الدين نفسه جائز دون الخضوع الى أى قيد ما اذا كان سند الدين الاصلى قابلا للتحويل أو كان لحامله

ويظهر أن الشارع رأى أن لا يفوته فى قانونه الجديد ضرورة الاخذ بالتأشير فيما يتعلق بهذه الديون المضمونة بتأمين عينى عقارى . وقررت فى ذلك المادة ١٣ ما يأتى «لا يصح التمسك فى وجه الغير [٦] بتحويل دين مضمون برهن عقارى [٧] أو بامتياز عقارى [٨] ولا التمسك بالحق الناشىء عن حلول شخص محل الدائن فى

(١) Cession (٢) Subrogation (٣) Sûreté réelle immobilière
(٤) Cessionnaire (٥) Subrogé (٦) Opposables aux tiers
(٧) La cession ou dation en gage d'une créance hypothécaire
(٨) Privilège immobilier

هذه الحقوق بحكم القانون [1] أو بالاتفاق [2] ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى [3] الا اذا حصل التأشير بذلك [4] بهامش التسجيل الاصلى [5] — ويتم التأشير [6] بناء على طلب [7] المحول اليه [8] أو الدائن المرتهن [9] أو الذى حل محل الدائن السابق [10] . ويشتمل التأشير : — (أولا) على تاريخ السند وصفته [11] (ثانياً) على أسماء الطرفين والقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم (ثالثاً) على بيان التسجيل الاصلى [12] مع نمرته المسلسلة [13] وتاريخه ورقم صفحة السجل » ورجع الشارع فى تقرير هذه المادة أيضاً الى القانون البلجيكى الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ ومشاريع القانون الايطالى المختلفة [14] و بتحليل هذه المادة ١٣ من القانون الجديد يتبين ما يأتى :

١ — تقول المادة الاسقاط [15] أو الحلول [16] والنتيجة فيهما واحدة لانهما يفيد ان التحويل

ذكرت المادة بجانب كلمة الاسقاط [17] العبارة الفرنسية [18] ومعنى هذا العبارة اما التنازل عن الدين المضمون برهن رسمى من طريق الاسقاط [19] أوجعل هذا الدين رهنا لدى الغير [20] ولم ترد بالنسخة العربية ترجمة العبارة الثانية الخاصة برهن

---

(١) Subrogation légale (٢) Conventionnelle
(٣) Cession du rang hypothécaire (٤) Mention
(٥) En marge de l'inscription ou transcription hypothécaire
(٦) Annotation (٧) A la requète (٨) Cessionnaire
(٩) Créancier gagiste (١٠) Subrogé (١١) Nature du titre
(١٢) Inscription ou transcription originaire
(١٣) Numero d'ordre (١٤) المذكرة الايضاحية النبذة ١٦ ص ٤٦٧ — والذى اقترح وضع هذه المادة هو موسيو ميريل Miriel (محضر جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٢٢ من محاضر جلسات اللجنة الخاصة) وأيده فى هذا الاقتراح موسيو واتليه Wathlet الذى وضع النص الحاضر للمادة (محضر جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٢٢) (١٥) Cession
(١٦) Subrogation (١٧) Cession (١٨) Dation en gage
(١٩) أى Cession (٢٠) Dation en gage

الدين المضمون برهن رسمي (وقد أشارت المذكرة الايضاحية الى رهن الديون الممتازة أو المضمونة برهن عقاري رسمي) . بمعنى أنه لا بد من التأشير في حالة اسقاط الدين (الدين بالنسبة للدائن) أو في حالة رهن هذا الدين . والتنازل عن الدين أو اسقاطه اما أن يتناول اسقاط الملكية في الدين نفسه أو يكون مقصوراً فقط على مجرد تحويل السند ليكون تحت يد المحول اليه بمثابة رهن (ولم يرد بالمادة ٢٩ من مشروع نظام السجلات العقارية ما يتعلق بالتحويل من طريق الرهن) فالتحويل هذا بملكية السند أو عن طريق الرهن لا بد فيه من التأشير

٣ — الدين المحول بالملكية أو بالرهن اما أن يكون مضمونا برهن رسمي (والنسخة العربية تقول رهنا عقاريا) أو مضمونا بامتياز عقاري . ولم تشر المادة الى الرهن العقاري الحيازي[1] ولا الى الاختصاص[2] وهو الرهن القضائي . على أن المادة ٢٩ من مشروع نظام السجلات العقارية قد أشارت اليهما وحتمت ضرورة التأشير بالسجلات في حالة اسقاط الدين المضمون برهن عقاري حيازي أو المضمون باختصاص قضائي . وبناء على ذلك لا يمكن القول هنا بضرورة التأشير في هاتين الحالتين . على أن الحكمة واحدة في جميع الحالات وهي حماية الغير . ولم نجد مسوغا للشارع المصري في استبعاده لهاتين الحالتين من مزية التأشير (اذ جاءت المذكرة الايضاحية خلواً من ذلك)

٤ — التأشير واجب في حالة الحلول سواء كان الحلول بحكم القانون أو بالاتفاق . والغرض من الحلول هو احلال الدائن الاصلي صاحب السند المضمون برهن رسمي أو امتياز عقاري بدائن آخر بعد أن يحصل التحويل والاسقاط اليه

٥ — والتأشير واجب ولو كان الاسقاط خاصاً بالتنازل عن ترتيب الرهن الرسمي

---

(١) Gage immobilier (٢) Affectation

٦ — التأشير يحصل فى هامش القيد الاصلى [1] أو التسجيل الاصلى [2] .
ولم ترد عبارة القيد الاصلى بالنسخة العربية . ويراد بالقيد هنا أى القيد الخاص بعقد الرهن الرسمى . لانه بعد ان يحصل عقد الرهن التأمينى بطريقة رسمية يحصل بعد ذلك قيده بسجلات الرهونات . والذى يتقيد انما هو قوائم الرهن . وعبارة التسجيل الاصلى انما تشير هنا الى ما اذا كان العقد المحول والمضمون بامتياز عقارى عقداً مسجلا اى مسجلا تسجيلا كاملا لا مجرد القيد كما فى الرهن التأمينى

٧ — يحصل التأشير بناء على طلب المسقط اليه والدائن المرتهن [3] اى المرتهن رهنا حيازيا . وربما تشير المادة بذلك الى الدائن الذى تحول اليه سند الدين تحويلا مقصوراً فقط على الرهن [4] اى تسليم المحول اليه سند الدين محولا اليه ليكون لديه بمثابة رهن ضمانا لدين له قبل المحيل . ويحصل التأشير ايضا بناء على طلب المحول اليه [5] الذى حل بالحلول

٨ — ويتناول التأشير تاريخ العقد وصفته واسماء الطرفين وصناعتهم ومحل اقامتهم وبيان التسجيل الاصلى ودرجة ترتيبه وتاريخه ورقم صفحة السجل

٦٤٩ مكرر — ٩ — من هم الغير فى الاسقاط والحلول: الغير هم من يتعاقدون مع الدائن فتتقرر لهم حقوق على العقار ويطمئنون الى هذه الحقوق طالما أنهم لا يجدون بدفاتر التسجيل ما يفيد سبق تقرير حقوق أخرى من قبل الدائن . وفى ذلك ورد بالمذكرة الايضاحية ما يأتى : « فاذا كان الدين المحال من الديون الممتازة أو المضمونة برهن عقارى فقد يحدث أن غير المتعاقدين الذين اكتسبوا حقاً على العقار المرهون أو الذى عليه حق امتياز بدون أن يعلموا بالتحويل قد يتعاقدون مع المحيل . فاتقاء لمثل هذا الخطر يجب على المحول اليه أن يعلم الغير بهذا التحويل بالتأشير عنه على هامش التسجيل الاصلى » اهـ . ولم يكن هذا النوع من التأشير معروفاً بالقانون القديم ولذا كان الغير فى حالة محفوفة بالخطر

---

(١) Inscription (٢) Transcription (٣) Créancier gagiste
(٤) Gage (٥) Subrogé

فيما اذا تعاقد مع الدائن وهو لا يعلم بسبق اسقاط أو رهن الدين الممتاز أو المضمون برهن رسمى . على أن الشارع الاهلى قرر بالمادة ٣٤٩ مدنى بان اسقاط الدين لا يكون حجة على الغير الا اذا كان رضاء المدين بالتحويل ثابت التاريخ . وذلك لان الدين لا يقبل التحويل الا اذا رضى المدين بالتحويل من قبل ولا بد أن يكون هذا الرضاء ثابتاً اما بسند الدين نفسه ، ولا حاجة وقتئذ الى اثبات تاريخه ، واما بورقة أخرى أو بعبارة تضاف على السند الاصلى . وفى هذه الحالة لا بد من اثبات تاريخ هذا الرضاء بالتحويل . ولم يشترط الشارع المختلط ضرورة أخذ رضاء المدين بالتحويل (المادة ٤٦٢ مدنى مختلط) بل يكون تحويل الدين حجة على الغير بمجرد اعلان المدين بحضول التحويل . والتشريع الاهلى متأثر بنظرية الشريعة الاسلامية ، والتشريع المختلط آخذ بالتشريع الفرنسى [1]

٦٥٠ — **هل التأشير واجب بالنسبة للعاقدين ؟** رأينا أن القانون نفسه قرر بالمادة ٧ المذكورة أن التأشير شرع لمصلحة الغير . ورأينا من هو ذلك الغير . ولكن اذا نظرنا الى المادة الاولى من قانون التسجيل والى ما قررته بوجه عام من ضرورة التسجيل عند نقل الحق العينى العقارى ونظرنا ايضا الى ان عبارة الحق العينى العقارى وردت عامة ، فهل يمكن القول مع هـذا التعميم من حيث الحق ومن حيث النقل أن التسجيل ضرورى ولازم بالنسبة للعاقدين أيضاً ، بمعنى أن الرهن التأمينى أو الامتياز العقارى لا ينتقلان الى المسقط اليه الا بالتأشير على هامش سجل التسجيل الذى تقيد به تسجيل الامتياز العقارى أو تقيد به قيد لرهن العقارى ؟

لقد لاحظنا أن التعميم المنوه عنه بالمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد لم كن صحيحاً وأبنا أن الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية لا تؤيدان التعميم أن الحقوق العقارية المقصودة من المادة انما هى الحقوق العقارية المقررة من قبل لمواد ٦١١/٧٣٧ مدنى وما بعدها من المواد القديمة ولا تتعداها . وأنه لا يمكن

(١) وفيما يتعلق بالغير هنا انظر الالتزامات ص ٥٤٥ ن ٥٦٧ وما بعدهما

الاخذ بهذا التعميم الا فى الوقت الذى يتقرر فيه الاخذ بنظام السجلات العقارية ولما يؤخذ به بعد

هذا ونعلم أن الرهن غير الحيازى العقارى وهو الرهن التأمينى الذى يتقرر بين العاقدين بعقد رسمى حتما (المادة ٥٥٧/٦٨١ مدنى) والذى لايصح التمسك به اذا لم يحصل قيده بسجل الرهونات بقلم كتاب محكمة العقار المرهون قبل تصرف الراهن فى العقار (المادة ٥٦٥/مدنى) ، هذا الرهن يتقرر بين المرتهن او الراهن برسمية العقد فقط ، دون أن يكون خاضعا لاحكام التسجيل المقررة بقانون التسجيل كما نصت بذلك المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد (أى ان قيد الرهن شرع للغير فقط)

وكذلك الامتياز العقارى [1] على اختلاف أنواعه سواء كان امتياز البائع (ويدخل فى ذلك امتياز المقايض [2] ، وامتياز المدين فيما اذا سلم عقاراً لدائنه فى مقابل الدين [3] وكانت قيمته زائدة عن الدين [4] ، وامتياز الواهب بقدر ما اشترطه على الموهوب له) وامتياز المقتسم [5] ، (وهذه الامتيازات لاتتقرر قبل الغير الا بالتسجيل أوالقيد : المواد ٦٠١ الفقرة ٧/٣٢٧ مدنى و٦١٤/٧٤١ مدنى) وامتياز المصاريف القضائية والاموال المطلوبة للحكومة وامتياز الكتبة والعمال (وهى الامتيازات التى تتقرر بلا اشهار وعلانية : المادة ٦١٤/٧٤١ مدنى) : هذا الامتياز على اختلاف أنواعه يتقرر بين الطرفين أيضاً دون أن يكون خاضعاً للتسجيل أو القيد كما تقرر ذلك المادة الاولى من قانون التسجيل

واذا علمنا أن الرهن التأمينى والامتياز يتقرر كلاهما بين الطرفين بلا حاجة الى تسجيل أو قيد طبقا للقانون القديم وأن هذه القاعدة أصبحت مقررة طبقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد ، فان ما قررته المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد من ضرورة التأشير ليكون الاسقاط على اختلاف أنواعه حجة

---

(١) Privilége immobilier (٢) Echangiste
(٣) Dation in paiemen' (٤) Soulte (٥) Copartageant

على الغير لا يكون الا من حيث حماية الغير فقط . أى أن التأشير المعنى بالمادة ٧ المذكورة ، (والتأشير هنا لا يكون الا حيث وجد تسجيل أو قيد سابقان ، ومتى كان الامتياز غير خاضع للتسجيل أو القيد ليكون حجة على الغير فلا محل للتأشير اذ لا يوجد تسجيل أو قيد سابقان) انما شرع فقط لحماية الغير . وهذه قاعدة جديدة قررها قانون التسجيل الجديد ولم تكن موجودة من قبل . ولم يشرع التأشير هنا لنقل الحق العينى العقارى بالاسقاط ، أى اسقاط الرهن التأمينى أو الامتياز العقارى . لان محل القول بتسجيل نقل الحق العقارى لا يكون بالمادة ٧ المذكورة انما يكون بالمادة الأولى . وقد لاحظنا أن الأعمال التحضيرية لا تدل مطلقاً على اخضاع اسقاط الرهن التأمينى والامتياز العقارى للتسجيل . والا اذا قيل بهذا الاخضاع لترتب على ذلك عدم الحاجة لوضع المادة ٧ لانها تعتبر مكررة لقاعدة سابقة مقررة بالمادة الأولى . واذا لاحظنا سياق الجدل باللجنة الخاصة وتتبعنا سياق المناقشة بين اعضائها فى مختلف جلساتها ، ولاحظنا بأن المادة ٧ لم تتقرر الا بعد وضع المادة السابقة عليها وبناء على اقتراح موسيو ميرييل [١] وأن الذى وضع المادة المذكورة هو موسيو واتليه [٢] ، وانه أريد بها فقط حماية الغير وتعين فعلا هذا الغير بما أوضحناه ، اذا لاحظنا ذلك كله قطعنا بأن اسقاط الرهن والامتياز العقارى لا يدخل تحت نطاق المادة الأولى ، وأن التأشير المقصود بالمادة ٧ انما هو طريق لحماية الغير فقط .

وأما اذا كان الشارع يريد جعل اسقاط الرهن والامتياز خاضعاً للتسجيل ليكون حجة على الطرفين أى داخلا فى نطاق المادة الاولى لما كان فى حاجة الى وضع المادة ٧ بهذا الوضع الذى وضعت به . لانه كان يكفى القول بانه لا حاجة الى تسجيل الاسقاط بل يكتفى بالتأشير على التسجيل السابق . وأما وقد وضعت المادة ٧ بالوضع الحاضر فهى تنم بذلك على أن رغبة الشارع فى تقرير التأشير انما تنصرف الى حماية الغير لا الى انشاء عقد الاسقاط بالذات

(١) Miriel (٢) Wathlet

وعلى ذلك يكون اسقاط الرهن التأميني والامتياز العقاري صحيحاً بين الطرفين ولو لم يكن مسجلا أو مقيداً . انما اذا أراد المسقط اليه حماية حقه من احتمال تصرف الدائن فى هذا الضمان الرهن والامتياز بما يضره ، فانه يجب عليه التأشير بهذا الاسقاط بدفاتر التسجيل والقيد المعدة للرهن

واذا كان الاسقاط صحيحا بين الطرفين فهو صحيح بالنسبة للمدين نفسه فلا يجوز أن يحتج بعدم التأشير الا اذا تقرر له هو حق خاص كما اذا قرر الدائن شطب الرهن مثلا كما أوضحت ذلك المذكرة الايضاحية

وأما ما يحتمل أن يقوله البعض بعكس ما قررناه فهو يخالف النصوص واعمالها التحضيرية ويخالف ضرورة ربط النصوص الجديدة بالقديمة فى تحديد مرامى القانون الجديد

٣) فى نظام دفاتر التسجيل

٦٥١ — هذا هو القسم الخامس والاخير من الاقسام الخمسة التى أفردناها لشرح القانون الجديد . وهذا القسم تتعلق به المادة ١٥ من القانون اذ أباح الشارع « لوزير الحقانية أن يصدر قراراً يبين فيه القواعد التى يسير عليها العمل فى المستقبل فيما يتعلق بمسك دفاتر التسجيل » . هذا ولما كان انفاذ المادة الاولى من القانون لا يمحو العيوب الظاهرة للتسجيل القديم من حيث قلة أقلام التسجيل رأى الشارع عند تحضير القانون (ولم ينص على ذلك بالقانون نفسه بل ترك فيه الامر لوزارة الحقانية طبقا للمادة ١٥ السابقة) ضرورة انشاء مأموريات بالبلاد . وقد ورد فى هذا الشأن بالمذكرة الايضاحية ما يأتى : « لم يكن فى الامكان الزام المتعاقدين بتسجيل عقود بحسب النظام المبين بالمادة الاولى من القانون بدون أن تعمل لهم فى الوقت ذاته التسهيلات اللازمة لارسال العقود الى أقلام الرهون المختلفة (لعلها المختلطة لا المختلفة) لانه لم تنشأ بعد فى أقلام كتاب المحاكم الأهلية دفاتر لتسجيل العقود العرفية التى هى أكثر عدداً من غيرها كما أن

أقلام التسجيل بالمحاكم المختلطة لا توجد الا فى ثلاث مدن وهى الاسكندرية والقاهرة والمنصورة . هذا الى أن اختصاص قلم الرهون بمحكمة مصر المختلطة يشتمل علاوة على مديريات الوجه القبلى لغاية أسوان مديريتى القليوبية والمنوفيـة . فالغرض اذن انشاء مأموريات لاقلام الرهون المختلطة فى المديريات يكون من اختصاصها استلام العقود العرفية المقدمة للتسجيل وتقدير الرسوم عليها وارسالها بعد قيدها بدفتر العرائض الى قلم الرهون العام لحفظها فى الملفات وعمل فهرست عنها . وعلى الحـكومة اتخاذ الوسائل اللازمة بعد الاتفاق مع محكمة الاستئناف المختلطة لضمان توزيع أقلام الرهون المختلطة لهذا الغرض » اهـ [١]

وتقسم هذا الموضوع الى الاقسام الآتيـة : ١ — فى مسك دفاتر التسجيل والقيـد — ٢ فى اختصاص المأموريات — ٣ فى النزاع بين طالب التسجيل وكاتب السجل

١ — فى مسك دفاتر التسجيل والقيد

٦٥٢ — نرى هنا ضرورة الالمام الماما وجيزاً بحالة مسك الدفاتر فى النظام القديم ، ثم نتبعه بعد ذلك بحالة مسك الدفاتر فى النظام الجديد حتى تتبين الفروق بين النظامين ومعرفة أيهما أجدر بالبقاء

١ — مسك دفاتر التسجيل والقيد
طبقا للقانون القديم

§ ١ — فى مسك الدفاتر

٦٥٣ — فى أهم الدفاتر بيد الكاتب : يجب أن يكون تحت يد كاتب الرهونات [٢] ما يأتى :

١ — دفتر منمر الصحائف [٣] ويسمى أيضـا بدفتر الاستلام [٤] أو دفتر

(١) المذكرة الايضاحية ص ٤٦٦ (٢) Greffier des hypothèques
(٣) Registre d'ordre (٤) Registre des remises

العرائض [١] ويؤشر به عن استلامه للعقود المطلوب تسجيلها وللقوائم المطلوب قيدها . ولكل يوم عملية خاصة تنتهى فى آخر اليوم (المادة ٦٢٣ / ٧٥١ — ٧٥٣ مدنى و ٢٢٠٠ فرنسى والمادة ١٦٤ من التعليمات الصادرة لكتبة المحاكم المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٨٧٨)

٢ — دفتر التسجيل والقيد [٢] وبه يحصل تسجيل وقيد العقود والقوائم المسلمة للكاتب بأرقام متتابعة [٣] تتفق مع الارقام المبينة بالدفتر السابق (المادة ٦٢٢ / ٧٥٠ — مدنى) وتحصل عملية التسجيل والقيد بمصر بدفتر واحد . وأما بفرنسا فيحصل فى دفترين (المادة ٢٢٠٠ فرنسى) [٤]

٣ — دفتر فهرست هجائى [٥] عام عن نوعى التسجيل والقيد . ودفتر فهرست هجائى آخر خاص بالتسجيلات فقط (المادة ٦٣٥ / ٧٦٥ مدنى) (ولزيادة البيان والايضاح أنظر المواد ٦٢٢ — ٦٢٧ / ٧٥٠ — ٧٥٨ مدنى . والمادة ١٥٣ من التعليمات . والمنشورات المختلفة لاقلام الكتاب من سنة ١٨٧٦ الى سنة ١٩٠٣ والمرسوم الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٥ والذى أبطل العمل بنسختين من دفاتر القيد بالمحاكم المختلطة وقضى بعمل نسختين من قوائم القيد المقدمة من أصحابها)

٦٥٤ — فى مسك الدفاتر بالرجوع لاسماء الاشخاص : يحصل الاشهار بالقطعة [٦] أو بالعقار [٧] أو بعبارة أخرى لا تجمع التسجيلات والقيود بصحيفة [٨] واحدة خاصة بكل عقار على حدة . بل الاشهار شخصى . أى أنه يحصل طبقا لاسماء المالكين (وأما عن النساء المتزوجات فانه تثبت أسماؤهن بالرجوع الى أسماء آبائهن أولا وأسماء أزواجهن ثانياً : (المادة ١٧٥ من التعليمات

---

(١) régistre des requêtes (٢) des transcriptions et inscriptions
Registre (٣) قارن استئناف م ٨ مايو سنة ٨٩٠ م ت ق ٢ ، ١٣٩
(٤) Numero d'ordre (٥) Repertoire alphabétique
(٦) par parcelle (٧) par immeuble (٨) feuillet

لاقلام الكتاب) وفى ذلك تقول المادة ٦٣٥/٧٦٥ مدنى ما يأتى : « ويكون أيضا تحت يد الكاتب اثنان من دفاتر الفهرست أحدهما مرتب بالترتيب الهجائى بحرف واحد أو عدة حروف على حسب اسم المالك القديم أو المالك الجديد الذى حصل عليه التسجيل أو اسم المدين الذى حصل التسجيل عليه [1] »(يتلاحظ أن الترجمة الصحيحة لاكلمة الفرنسية [2] هى التيدلا التسجيل . وقدورد بالنص المختلط عبارة قيد الرهن [3] وهو نفس القيد المطلوب طبعا بالمادة الاهلية) ثم قررت هذه المادة أيضا ضرورة وجود دفتر فهرست آخر أبجدى أيضا حيث تذكر به [4] التسجيلات فقط [5] (والنسخة العربية تقول تسجيلات السندات . وكلمة السندات لم ترد بالنسخة العربية ولكن ورودها صحيح) ويجب أن يحتوى هذا الدفتر الثانى على أسماء الملاك السابقين المنوه عنها بالعقد المطلوب تسجيله ولم يسبق أن حصل من قبل اشهار بشأن هـذه الاسماء (والنسخة العربية تقول السند أو الحكم وهى بذلك ترجم الكلمة الفرنسية [6]) — (راجع المادة ٦٣٥ السابقة والمادة ٦١٩/٧٤٦ مدنى)

وما دام ان الاشهار شخصى ، فعلى من أراد الاستعلام أن يطالب الى قلم الكتاب اخباره بما اذا كانت هناك تسجيلات باسم زيد وعمر وبكر الملاك المتتابعين للعقار محل العقد المطلوب تسجيله . أى انه يجب معرفة أسماء هؤلاء معرفة صحيحة . فاذا جهل حقيقة اسم جد الثلاثة مثلا فانه يعرض نفسه لخطر عدم الوقوف على الحقوق العينية المسجلة أو المقيدة ضد هذا الاسم. وربما يلاحظ أن الاشهار الشخصى هذا خطر فى بلد كمصر تشابهت فيها الاسماء . ولعل نظام الدفاتر العقارية هو الدواء لهذا الخطر ان صح الاخذ بنظرية السجلات العقارية

فى بعض القواعد العامة الخاصة بمسك الدفاتر : يجب فى الدفاتر أن يكون مؤشراً عليها من قاضى المحكمة وأن تكون خالية من البياض بين الاسطر

---

(١) Inscription (٢) Inscription (٣) Inscription de l'hypothèque (٤) Repertoriées (٥) Transcriptions (٦) acte

والشطب والكشط ووضع كلمة فوق الأخرى والكتابة بين الاسطر . فاذا حصل تخريج أو شطب وجب تصديق القاضى بعد مراجعة ذلك على الاصل (المادة ٦٢٧/ ٧٥٨ مدنى . المادة ١٥٥ من التعليمات لاقلام الكتاب)

٢§ — في اجراءات التسجيل والقيد

٦٥٥ — الاصل ان التسجيل والقيد لا يحصلان الا بناء على طلب صاحب الشأن (المادة ٦٢٨/٧٥٩ مدنى) وتوجد بعض أحوال استثنائية يجوز فيها لكاتب المحكمة عمل التأشير بمعرفته هو ومن تلقاء نفسه [1] ، كما تقول بذلك المادة ٦٤٠/٧٧٣ مدنى بشأن الاحكام المبطلة للعقد أو الحكم [2] المسجل والقاضية بفسخه . ويجب على كاتب التسجيل أن يجيب طلب الافراد دون أن يبحث هو في صحة أو عدم صحة هذه التسجيلات والقيود أو فيما اذا كان هناك محل لذلك أم لا (ويستفاد ذلك من المواد ٦٢٣/٧٥١ مدنى والمواد ١٥٨ — ١٥٩ من التعليمات لاقلام الكتاب) . ويجوز تسجيل العقود العرفية والرسمية

ولا يجوز لكاتب التسجيل أن يستلم الاوراق المطلوب تسجيلها أو قيدها خارج قلم الكتاب أو في غير الايام والساعات التى تكون فيها أقلام الكتاب مفتوحة للجمهور والا كان الجزاء المحاكمة التأديبية والحكم بالتعويض (المواد ١٥٩ و١٦٠ من التعليمات)

وعلى كتاب المحاكم اعطاء ايصال للطالب باستلام الاوراق المطلوب تسجيلها والقوائم المطلوب قيدها . ويجب أن يتبين بها الرقم التدريجى [3] للورقة بالسجل مع بيان يوم وساعة التسليم . ولهذه البيانات منافع خاصة فيما اذا تعددت التسجيلات والقيود وتزاحمت في يوم واحد (المادة ٦٢٦/٧٥١ مدنى) ذلك لان الافضلية تعطى للعقد المقدم للتسجيل أولا ، أى للعقد الذى تقيد أولا بدفتر

Numero d'ordre (٣) Acte (٢) D'office (١)

العرائض المنوه عنه بالمادة ٦٢٣/٧٥١ مدنى [١] لانه يعول فى وضع تاريخ التسجيل على الرقم التدريجى الموضوع بهذا الدفتر . وتأيد ذلك أيضاً بالمواد ٦٢٢—٦٢٤ و٦٢٦ مدنى اذ تقضى الاخيرة منها بضرورة الايضاح بالاتصال الذى يعطى لصاحب السند المقدم عن تاريخ التسليم باليوم والساعة وعن الرقم التدريجى أى النمرة المتسلسلة التى تقررت للسند بدفتر العرائض . وفى وضع هذه الارقام بحسب مراعاة ساعة التقديم معنى الافضلية فى التسجيل بأسبقية التاريخ . وعلى ذلك فما كان أسبق بالساعة تقدم فى التسجيل والقيد عما يأتى بعده

ويؤخذ بهذه الافضلية اذا تزاحم مشتريان لعقار واحد أو تزاحم مشتر مع دائن مرتهن رهناً تأمينياً أو دائن ممتاز [٢] أو تزاحم دائن مرتهن رهناً رسمياً مع دائن ممتاز [٣].

ولكن يلاحظ أن القانون قرر قاعدة مخالفة لما تقدم بشأن الاختصاص [٤] (المادة ٦٠٠/٧٢٦) وذلك انه قرر بان الاختصاصات الحاصلة فى يوم واحد تعتبر متساوية الدرجة والترتيب بصرف النظر عن درجاتها التدريجية وعن ساعات تقديمها . وأما اذا تزاحم رهن تأمينى مع اختصاص فى يوم واحد فالافضلية للرهن على الاختصاص الا اذا كان الرهن مقصوداً به الاضرار بالدائن (المادة ٦٠٠ المذكورة) وسنتكلم فيما بعد عن درجات الافضلية فيما يتعلق بالرهونات التأمينية [٥]

ولما كان قد لا يوجد من الوقت الكافى لدى كاتب التسجيل لاجل تسجيل وقيد ما لديه من الأوراق ، فقد أجاز له القانون اجراء التسجيل والقيد فى ظرف مدة لا تزيد عن ثمانية أيام من وقت استلام العقود والاحكام والقوائم . مع

---

(١) استئناف ٧ فبراير ١٨٩٥ م ت ق ، ٧ ، ١٢٠ د ، ٨٩ ، ١٠ ، ١٨٥—بارد فى الالتزامات ج ١ ن ٣٩٨ (٢) د ، ١٩٠١ ، ٢ ، ٢٨٧ (٣) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٠٤ ن ٨٨٢ (٤) Affectation

(٥) جرانمولان فى التأمينات ص ١٢٤ ن ٤٤٣ — ٤٤٥ وص ١٦٩ ن ٦٠١

ملاحظة تاريخ تسليم الاوراق وهو التاريخ المبين بدفتر العرائض (المادة ٦٢٤/ ٧٥٤ مدنى) وأما قيد الاختصاص فانه يجب أن يحصل فى نفس يوم حصوله (المادة ٦٢٤ المذكورة . راجع المادة ٥٩٥ مدنى)

فى كيفية حصول التسجيل: التسجيل هو نقل ما جاء بالورقة حرفيا [١] فيما يتعلق بالجزء الخاص بنقل الملكية (المادة ٦٢٩/ ٦٧٠ مدنى — المادة ١٦٧ من التعليمات) وعلى ذلك يجب أن يتناول التسجيل كل ما يتعلق بالتسليم [٢] ودفع الثمن والشروط التوقيفية والشروط الفاسخة . وذلك لان لهـذه البيانات صلة محكمة بنقل الملكية . وللغير مصلحة ظاهرة فى معرفة ما اذا كان الثمن قد دفع كله أو بعضه ومقدار ما يصل اليه مدى امتياز البائع على العقار المبيع . وأما تفسير المادة ٦٢٩ مدنى بأنها لا تتعلق بتسجيل الجزء الخاص بنقل الملكية فقط دون الحاجة الى تسجيل ما يتعلق بالثمن وغير ذلك مما له صلة بنقل الملكية ، فهو قول لا يمكن الاخذ به برغم وضع المادة المصرية هذه كما وضعت المادة ٢١٠٨ فرنسى التى أشارت الى ضرورة تسجيل الجزء الخاص بأن جزء من الثمن لا زال باقيا بذمة المشترى [٣] وما دام أن التسجيل يرمى الى حماية الغير يجب حينئذ أن تكون البيانات الواردة بالعقد كافية للتدليل عليه بوضوح وجلاء [٤]

فى كيفية حصول القيد : واما القيد الخاص بحقوق الامتيازات والرهونات التأمينية فانه ينحصر فى نقل القائمة [٥] برمتها وهى القائمة المنوه عنها بالمواد ٥٦٦/ ٦٩٠ مدنى . والمـادة ٦٣١/ ٧٦٢ مدنى . والمادة ١٦٩ من التعليمات لاقلام الكتاب المختلطة

وبعد التسجيل ترد الورقة المسجلة الى مقدمها مؤشراً عليها وبذيلها بحصول التسجيل وتاريخه ودرجته الرقمية ورقم صحيفة الدفتر المسجلة بها . ويجب ان

(١) copie textuelle (٢) livraison (٣) استئناف م ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ت ق ، ٢ ، ١٣٩ — جرانمولان فى التأمينات ص ٢٦٧ ن ٩٠٦

(٤) المادة ٥٦٦/٦٩٠ بالنسبة للقيد— استئناف م ٤ ابريل سنة ١٩٠١ م ت ق ، ١٣ ، ٢٢٩ .

(٥) bordereau

يمضى الكاتب هـذا التأشير (المادة ٦٣٣ / ٧٦٤ مدنى) ويحصل نفس التأشير بذيل القائمة المقدمة للقيد والتى ترد لصاحبها بعد حصول التسجيل (المـادة ٦٣٢ / ٧٦٣ مدنى)

§ ٣ فى اشهار دفاتر التسجيل واعلانها

٦٥٦ — على كاتب التسجيل تسليم كل طالب بناء على طلبه اما شهادة عامة أو خاصـة بالتسجيلات والقيود . واما صورة من العقود المسجلة والقيود الموجودة . أو شهادة بانه لا يوجد شيء بالمرة (المادة ٦٣٦ / ٧٦٧ مدنى) وهو ملزم ايضا بتسليم كل طالب بناء على طلبه ملخصا من دفتر الفهرست [1] (المادة ٦٣٦ / ٧٦٨ . قارن المادة ١٥١ من التعليمات)

وقرر القانون مسئولية كتاب التسجيل بما لا يخرج عن الاحكام المقررة فى الجنح المدنية طبقاً للمادة ١٥١ مدنى (المواد ٦٣٧ — ٦٣٨ مدنى و ٢١٩٧ — ٢١٩٩ فرنسى) وعلى ذلك يعتبر كاتب التسجيل مسئولا عن الاضرار الناشئة بسبب خطأه أو اهماله أو خطأ واهمال مستخدميه فيما اذا أضرت هذه الاضرار بدائن أو مشتر . ويسأل أيضاً عن النقص [2] والاغلاط الحاصلة بالصور بشأن التسجيلات والقيود ، أو الحاصلة بالكشوف [3] أو الشهادات [4] التى يسلمها لطالبيها . ويسأل عن ذلك أمام الدائن المضار بسقوط حقه [5] أو أمام المشترى الذى اشترى بناء على شهادة غير صحيحة (المواد ٦٣٧ — ٦٣٨ / ٧٦٩ — ٧٧٠ مدنى) [6]

ولا يسأل كاتب التسجيل عن الضرر الناشئ بسبب النقص فى البيانات الواردة بالأوراق المتقدمة اليـه . وعلى من يطلب التعويض أقامة الدليل على حصول ضرر له

---

(١) extrait du répertoire (٢) omission (٣) états

(٤) certificats (٥) créancier forclos أو déchu

(٦) جرانمولان فى التأمينات ص ٢٦٨ ن ٩١٣ وص ١٤٤ ون ٥٢١ فيما يتعلق بالشهادة عن الرهن التأمينى

ب — فى مسك الدفاتر والقيد طبقا للقانون الجديد

§ ١ — فى الدفاتر

٦٥٧ — رأينا بالنظام القديم ثلاثة دفاتر . دفتر العرائض ودفتر التسجيل والقيد . وفهرست هجائى عام عن التسجيل والقيد وفهرست هجائى خاص بالتسجيلات فقط . فهل لا زالت توجد هذه الدفاتر على حسب القانون الجديد أم لا ؟ رأينا أن المادة ١٥ من القانون الجديد أباحت لوزير الحقانية أن يبين بقرار يصدره طريقة مسك دفاتر التسجيل والقيد طبقاً للقانون الجديد . وقد صدر فعلا قرار من وزير الحقانية فى ١٢ يوليو سنة ٩٢٣ بعد موافقة رأى الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة قدبين الطريقة الجديدة فى مسك هذه الدفاتر . وأهم ما تقرر بهذه الطريقة الجديدة أن جعل التسجيل ينحصر فى عدم نقل العقد المطلوب تسجيله برمته بدفتر التسجيل والقيد ، بل يحفظ العقد نفسه بأقلام التسجيل . وقد ترتب على ذلك أن طالب التسجيل أصبح ملزماً بأن يقدم مع العقد الاصلى صورتين له أو أن الحكومة تقوم هى من نفسها بعمل صورتين بالتصوير الشمسى بمعرفة مصلحة المساحة (وتتمشى قواعد التسجيل على القيد أيضاً)

وعلى ذلك أصبحت المواد الخاصة الآن بدفتر التسجيل والقيد باطلة بناء على قرار الحقانية المذكور وبناء على ما قررته المادة ١٦ من القانون الجديد بلغو المواد التى تصبح ولا تتفق مع القانون الجديد وقرار الحقانية

ولكن نظراً لبقاء نظرية التسجيل الشخصى وعدم الاخذ بالتسجيل العينى فلابد أن يبقى حينئذ دفتر الفهرست الهجائى العام ودفتر الفهرست الهجائى الخاص لأجل الاستعانة بهما على البحث فى حالة طلب شهادة أو كشف

وكذلك أيضاً دفتر العرائض فهو لا زال باقياً . ويثبت فيه تاريخ وساعة

تقديم العقد والقائمة للتسجيل والقيد (المادة ٩ من قرار الحقانية فى ١٢ يوليو سنة ٩٢٣)

٦٥٨ — في تقديم الاوراق للتسجيل : تقول فى ذلك المادة الاولى من القرار المذكور ما يأتى : «جميع المحررات[1] بما فيها الاحكام وقوائم التسجيلات العقارية تقدم لقلم الرهون من نسخة أصلية[2] أو أكثر محررة بالمداد الاسود على ورق خاص يطلب من المصلحة[3] على نفقة الطالب. — توضع على النسخة الاصلية أو على كل نسخة من النسخ الاصلية نمرة متتابعة تدل على ترتيبها بحسب تقديمها مع تاريخ اليوم وبيان ساعة القيد ويوقع عليها كاتب المحكمة. واذ قدم فى العقد جملة نسخ أصلية فيقوم كاتب المحكمة بمراجعتها[4] على نفقة الطالب» والفقرة الثانية تحكى المواد ٦٣٠ و ٦٣١ مدنى. أما اذا كان العقد مقدما من أصل واحد قامت المصلحة وقتئذ بعمل صور شمسية له. وتعطى صورة للطالب. ويبعث بصورة لمصلحة المساحة لحفظها كصورة ثانية[5]. والاصل يوضع بملف[6] ويحفظ بقلم الرهون. وتحل هذه الملفات محل دفاتر التسجيل والقيد الحالية». وورد فى المادة ٢ من القرار ما يأتى : «اذا لم يقدم من العقد الا نسخة واحدة[7] فتصور هذه النسخة تصويراً شمسيا (صورة فوتوغرافية) من نسختين بمعرفة مصلحة المساحة وتسلم احداهما للطالب. واذا قدم من العقد نسختان أصليتان فتسلم احداهما للطالب وتؤخذ صورة النسخة الثانية بالفوتوغرافية بمعرفة مصلحة المساحة — واذا قدم من العقد ثلاث نسخ أصلية فتسلم احداها للطالب. وعلى كل حال توضع النسخة الاصلية أو نسخة من النسخ الاصلية داخل ملف وتحفظ بقلم الرهون — وتحل هذه الملفات محل دفاتر التسجيل الحالية — وترسل كل أسبوع النسخ الثوالث الاصلية من العقود[8] أو صورها الفوتوغرافية الى مصلحة المساحة لحفظها بها كنسخة ثانية — ويصدق قلم

---

(١) actes (٢) original (٣) Administration
(٤) collationnement (٥) duplicata (٦) en liasse
(٧) original (٨) troisième original

المرهون على الصور الفوتوغرافية التي تسلم لارباب الشأن » والغرض من الصورة المرسلة لمصلحة المساحة أن تعتبر بمثابة صورة ثانية . وأن تستعين بها في جمع البيانات اللازمة لارسالها للمديرية لعمل التعديلات اللازمة بمقتضاها بدفاتر المكلفات . وتقول في ذلك المادة ٣ من القرار ما يأتي : « تستخلص مصلحة المساحة من الصور المحفوظة طرفها والمشار اليها في المادة السابقة البيانات اللازمة وترسل أسبوعيا للمديرية لتعديل دفاتر المكلفة بمقتضاها »

هذا ويجوز لكل من طرفي الورقة المسجلة الحق في طلب صورة فوتوغرافية مصدقاً عليها من قلم الرهون (المادة ٤ من القرار)

§ ٢ — في المأموريات واختصاصها

٦٥٩ — قلنا انه لما حتم الشارع ضرورة التسجيل لنقل الحقوق العينية العقارية رأى ضرورة تسهيل هذا الامر على الافراد بايجاد نظام خاص بجانبهم حتى لا ينتقلوا الى الجهات الثلاثة المركزية للتسجيل بمصر. لذلك عمل على انشاء مأموريات[1] مختلفة بانحاء القطر تحقيقاً للغرض المتقدم . وقررت المادة ٥ ما يأتي : « تنشأ ببندر طنطا مأمورية لقلم رهون الاسكندرية ، وببندر الزقازيق مأمورية لقلم رهون المنصورة وبشبين الكوم وبني سويف والفيوم والمنيا وأسيوط وسوهاج والاقصر مأمورية لقلم رهون مصر . — ويجوز أيضاً انشاء مأموريات أخرى بكل مدينة يتقرر انشاء قلم للمساحة فيها » وبينت المادة ٦ دوائر اختصاص كل مأمورية على حدة

أما الاعمال التي تقوم بها هذه المأموريات فهي ما يأتي :(المادة ٧ من القرار)

١) تقدير الرسوم [2] وقيد المحررات المشار اليها بالمادة الثانية من القرار بدفتر العرائض (المادة ٩ من القرار) والقيام بجميع الاعمال الاخرى المنصوص عنها في المواد ١ و٢ و٤ من القرار أي استلام الاوراق المطلوب تسجيلها وطلب

---

(١) Délégations (٢) taxes

عمل الصور الفوتوغرافية والتأشير على النسخة الاصلية بيوم وساعة تقديمها للتسجيل واستلام طلبات الافراد الخاصة بطلب شهادة بالرهونات والقيود

٢) استلام طلبات الشهادات العقارية وارسالها يومياً لقلم الرهون حتى بعد انتهاء هذا القلم من تحريرها يبعث بها في الحال الى المأمورية لتسلمها هذه الاخيرة الى أصحابها (المادة ١٢ من القرار)

والمحررات المشار اليها بالمادة الثامنة هي العقود العرفية الخاصة بالعقارات الكائنة في دائرة اختصاص المأمورية والواجب تسجيلها عملا بالمادتين ١ و٢ من قانون التسجيل الجديد (المادة ٨ من القرار فقرة أولى)

٣) استلام طلبات الشهادات العقارية

٤) التصديق على الامضاءات والاختام [1] (المادة ١٣ أيضاً من القرار)

٥) اثبات تاريخ المحررات [2]

أما ما يتعلق بتسجيل الاوراق التي لم يرد ذكرها بالمادة ٨ المذكورة فقرة أولى وكذلك ما يتعلق بالقيد [3] والتأشير [4] فانه يكون من اختصاص أقلام الرهون بمدن الاسكندرية ومصر والمنصورة دون غيرها (المادة ٨ الفقرة ٢ والاخيرة)

٦) تسليم نسخ المحررات الاصلية التي تقدم للمأموريات وكذلك صورها الفوتوغرافية الى قلم الرهون في ظرف ٤٨ ساعة من قيدها في دفتر العرائض (المادة ١٠ فقرة أولى من القرار)

ولهذا السبب يجب أن تكون أسبقية العقود التي تسجل وتقيد بقلم الرهون من جهة وتسجيل المأموريات من جهة أخرى بحسب تاريخ وساعة قيدها بدفتر العرائض (المادة ١٠ الفقرة ٢ والاخيرة)

ويضع قلم الرهون النسخ الاصلية وصورها الفوتوغرافية بمجرد وصولها داخل ملفين [5] عن كل مديرية

---

(١) légaliser (٢) date certaine (٣) inscription
(٤) annotation (٥) en doubles liasses

§ ٣ — في النزاع بين طالب التسجيل وكاتب التسجيل

٦٦٠— نصت المادة ١٤ بشأن هذا النزاع بما يأتى : « اذا كان المحرر العرفى المقدم للتسجيل غير شامل للبيانات المنوه عنها بالمادة الثالثة من القانون نمرة ١٩ لسنة ١٩٢٣ يكلف الكاتب الطالب اما باستيفاء المحرر قبل تقدير رسومه وقيده بدفتر العرائض واما تكليفه رفع عريضة للقاضى يبين بها الاسباب التى حالت دون مراعاة أحكام المادة المذكورة. وفى هذه الحالة الاخيرة يقيد المحرر بدفتر العرائض بنمرة متتابعة مؤقتة وهذه النمرة تصبح نهائية وتحفظ للمحرر الاسبقيه اذا صرح القاضى بتسجيله . فاذا لم يصرح تلغى النمرة المؤقتة بدفتر العرائض . واذا قدم المحرر ثانية تكون أسبقيته من تاريخ قيده بالدفتر المذكور — ترسل كل مأمورية من تلقاء نفسها وفى اليوم نفسه الى قلم الرهون العرائض المرفوعة لقاضى الامور الوقتية المتعلقة بالمحررات المقدمة لها مرفقا بها نسخة المحرر الاصلية المقدمة عنها العريضة. ويرسل قرار القاضى بمجرد صدوره مشفوعاً بنسخة المحرر الاصلية الى المأمورية فتجرى شؤونها طبقاً له »

في انقضاء الحقوق العينية

٦٦١— تنقضى الحقوق العينية بوجه عام وهو مايتعلق بالملكية ، وبوجه خاص وهو ما يتعلق باجزاء الملكية

في انقضاء الملكية والحقوق العينية

٦٦٢— تنقضى الملكية وبوجه عام الحقوق العينية اما بطريقة مطلقة واما بطريقة نسبية . والانقضاء المطلق[١] حيث لا يتملك الحق شخص ما . والانقضاء النسبي[٢] حيث يزول الحق عن صاحبه وينتقل الى شخص آخر . وكان

(١) extinction absolue (٢) extinction relative

الافضل أن يسمى الانقضاء فى هذه الحالة نقلا [١] . ولكن اذا دققنا النظر فى تحليل هـذا النوع الاخير من الانقضاء لفضلنا مع ذلك القول بالانقضاء ، لا بالنقل . ذلك لان الحق فى ذاته باعتباره لاصقاً بالانسان يعتبر غير قابل للنقل . فاذا قيل بحصول نقل ملكية فى حالة البيع مثلا فالذى يقع فى الحقيقة هو أن يحصل تنازل من مستلم الشيء [٢] عن حقه فى الملكية فى الوقت الذى يتقرر فيه حق جديد فى مصلحة مستلم الشيء [٣] . فكأنه يتقرر فى لحظة واحدة وفى آن واحد حقان على الشيء الواحد كما لاحظ ذلك كانت [٤] وأيده فيه كولين وكابتان [٥]

٦٦٣ — فى أسباب الانقضاء المطلق : فى زوال الشيء : يرجع الانقضاء المطلق للشيء الى سببين : زوال مادى للشيء نفسه محل الحق [٦] (المادة ٢٧ / ٤٦ و٦١٧ فرنسى فيما يتعلق بحق الانتفاع) . وزوال قانونى [٧] وهو خروج الشيء محل الحق عن مجال التعامل التجارى كما يحصل فى نزع ملكية العقار وضمه للعقارات المخصصة للمنفعة العامة . ويزول الشيء كلا أو بعضا بالقدر الذى أصابه من الزوال

وهنـاك ملاحظات اربعة فيما يتعلق بزوال الحق بسبب زوال [٨] الشيء محل الحق :

الملاحظة الاولى : متى يعتبر أن هناك زوالا للشيء [٩] ؟ فهل يزول الشيء بانعدامه مرة واحدة [١٠] أو يكفى أن تزول عنه مادته [١١] أى يفقد شكله الذى عرف به والذى كان مميزاً له من حيث الانتفاع به ؟ قد أجبنا على ذلك ضمنا عند ما تكلمنا على نظرية الالتصاق [١٢] . اذ لاحظنا أن الشيء يتميز

---

(١) transmission (٢) tradens (٣) accipiens

(٤) Kant (٥) ج ١ ص ٩٨٢ — انظر Metaphysique de la doctrine du droit par Kant p. 100

(٦) destruction matérielle

(٧) destruction juridique (٨) perte (٩) destruction

(١٠) anéantie أو بعبارة أخرى perte (١١) substance (١٢) accession

ويبقى ببقاء شكله ، أى أن ذاتية الشيء فى كيفية التئام عناصره المكونة له .
فاذا تغير شكله وتغيرت طريقة تكوينه زال ذلك الشيء . أو بعبارة أخرى
يقال فى هذه الحالة بان الشيء قد تغير بشيء آخر ، حيث أنه من المقرر طبيعياً
أن الأشياء لا تزول . وما زال منها انما قد تغير فقط . ويتأيد هذا الرأى بالمادة
٦٢٤ فقرة أولى فرنسي حيث تقول بانه « اذاتقرر حق الانتفاع على بناء ثم تهدم
البناء فى حريق أو فى أى حادث آخر أو تهدم بالقدم فلا يجوز للمنتفع أن
ينتفع لا بالارض ولا بالمواد المتخلفة عن الهدم » اما عن حظر الشفيع بحق
الانتفاع بشأن الارض فالامر ظاهر . واما عن المواد المتخلفة فربما يكون هناك
شيء من التردد فى تأييده . وانما رمى الشارع الفرنسى الى تقرير هذه القاعدة
الاخيرة فى الاخذ بالقول بان الشيء يزول بزوال مادته أى اذا تغيرت طريقة
تكوينه وايجاده

الملاحظة الثانية : هل يجوز لمن تقرر له حق على شيء أن يدعى هذا الحق
على بقايا الشيء وآثاره ؟ طبعاً يجوز له ذلك فى حالة الملكية . فاذا كان الشخص
يمتلك شيئاً فان حق ملكيته هذا ينتشمي أيضا على مفردات هذا الشيء . والحال
على خلاف ذلك فيما اذا كان صاحب الحق غير مالك انما كان يدعى جزءاً من
أجزاء الملكية كالمنتفع مثلا وكما رأينا وبشأن المادة ٦٢٤ فقرة أولى فرنسى
المتقدمة . فاذا تهدم البناء زال حق الانتفاع عن البناء وعن المواد المتخلفة عنه.
ذلك لان حق الانتفاع انما يرمى الى تمكين صاحبه من حق الاستعمال [١] وفى
حق الاستغلال [٢] للشيء . أما وقد زال الشيء المحمل بحق الانتفاع فقد زال
معه ايضاً حق الانتفاع . ولكن المادة ٦٢٤ فقرة ٢ فرنسى قد خالفت هذه
القاعدة وقررت بانه اذا كان البناء المتهدم ضمن ضيعة [٣] محملة بحق الانتفاع
انصب الانتفاع على الارض وعلى موادها .وان كان هذا الرأى غير وجيه بالنسبة

---

(١) dr. d'usage (٢) dr. de jouisance (٣) domaine

للمواد الا أن هناك ما يبرر الاخذ به فى هذه الحالة فقط باعتبار أن العقار انما هو تابع للضيعة المحملة بحق الانتفاع

الملاحظة الثالثة : تكلمنا على البقايا المادية للشىء . وما القول بشأن المبالغ [1] المقررة قيمة للشىء وهى المبالغ التى يدفعها الغير اذا كان هذا الغير شركة تأمين أو كان نازعا للملكية وذلك بعد زوال الشىء زوالا ماديا أو زوالا قانونيا ؟ فهل تحل هذه المبالغ محل الاشياء وهو ما يسمى بالحلول المادى [2] ؟ هذا هو ما سنراه عند التكلم على الامتيازات والرهون . ونرى هنا التكلم على ما اذا كان لصاحب الحق على الشىء أن يستفيد من حقه أيضا على المبلغ المقرر لهذا الشىء أو أن حقه على الشىء يزول بزوال هذا الشىء

عن التأمين : لا قانون بمصر ينظم من شركات التأمين خاصة ويقرر لها قواعد وأحكاماً وقفاً عليها . ومع ذلك يجب الرجوع فى هذه الحالة الى ما قرره القضاء . ولكن يجب مع ذلك ان يلاحظ فى هذا الشأن أن الشارع قرر بالمادة ٥٦٧/٦٩١ مدنى بان للدائن المرتهن رهنا عقاريا غير حيازى الحق فى الاستيلاء على دينه من قيمة التأمين المؤمن بها على العقار المرهون

عن حق الانتفاع: لا يوجد بالقانون المصرى (ولا بالقانون الفرنسى أيضا) نص يحكى النص الالمانى وهو المادة ١٠٤٦ حيث قررت هذه المادة « بانه يجب على المنتفع أن يؤمن على العقار بأخذ قيمة التأمين عند نزول الفاجعة وبصرفها فى اعادة العقار الى حالته الاولى . بحيث فى نهاية الانتفاع يرد العقار لمالكه وبحيث يتمكن المنتفع من الاستغلال بالعقار بعد اصلاحه وترميمه » . وحيث لا نص بقانوننا المصرى يحكى هذا النص الالمانى فلا يلزم المنتفع بالقيام بعمل التأمين . واذا أمن فانما يؤمن لنفسه . واذا نزلت الفاجعة قبض قيمة التأمين وهى القيمة المقدرة لحق انتفاعه. أما اذا كان التأمين حاصلا بمعرفة مالك الرقبة فليس للمنتفع أى حق ما بشأن قيمة التأمين وقت نزول الفاجعة

---

(١) indemnités (٢) subrogation matérielle

عوض نزع الملكية : اذا حصل نزع الملكية للمنفعة العامة أصبحت حقوق الدائنين الممتازين والمرتهنين منصبة على القيمة المقررة ثمناً للعقار (المادة ٢٩ من قانون نزع الملكية الصادرين سنة ٩٠٧ رقم ٥ أهلي وسنة ٩٠٦ رقم ٢٧ مختلط) واذا كان العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة محملا بحق انتفاع فانا نرى قياسا على القانون الفرنسي (المادة ١٧ من قانون ٣ مايو سنة ١٨٤١) أن تسلم القيمة للمنتفع للانتفاع بها من طريق استغلالها بالارباح انما يجب على المنتفع في هذه الحالة أن يقدم كفالة حتى ولوكان معفيا منها بالعقد أو بالقانون[1]

وفي جميع الاحوال الاخرى اذا هلك الشيء بخطأ الغير استطاع أصحاب الحقوق المقررة على هذا الشيء مطالبة المخطئ بالتعويض . وفي هذه الحالة تنصب هذه الحقوق على قيمة التعويض المحكوم به

الملاحظة الرابعة : يحصل أن يتعطل الحق ويحول حائل دون التمتع به دون أن يؤثر على جوهر الحق . وقد نصت المادة ٧٠٣ مدني فرنسي على نوع منها ، اذ قالت « بأنه ينقطع العمل بحقوق الارتفاق في حالة ما اذا أصبحت الاشياء المحملة بها في حالة لا يمكن معها الانتفاع بهذه الحقوق الارتفاقية » ثم قررت المادة ٧٠٤ مدني فرنسي « بأن حقوق الارتفاق تبعث ثانياً [2] اذا عادت الاشياء المحملة بالارتفاق الى حالة يمكن معها الانتفاع بهذه الحقوق الا اذا مضت مدة يحتمل معها الظن بزوال حق الارتفاق » وهذه الحالة الاخيرة انما تشير الى زوال الحق من طريق ابطاله بفعل الزمن لا من طريق استحالة الانتفاع به ، أي تشير الى التقادم المسقط أو الى زوال الحق بسبب عدم الاستعمال (المادة ٧٠٧ مدني فرنسي)

في نزع الملكية للمنفعة العامة : انه نظراً لاهمية هذا النوع في زوال الملكية

---

(١) كابتان ص ٩٥٨ (٢) revivent والاصح ان يقال تعود للظهور recommencent à s'exercer كابتان ص ٩٨٦

أو الحقوق العينية نرى أن نقول كلمة فى هذا الشأن ولو أنه يدخل ضمن مادة القانون الادارى

ان حرمة الملكية من المسائل الاساسية التى تنص عليهـا الدساتير المنظمة لحقوق الانسان. وقد فعل ذلك الفرنسيون بما قرروه فى بيان حقوق الانسان[1] وقررت المادة ٥٤٥ من القانون المدنى الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ بانه « لايجوز أن يكره الانسان على التنازل عن ملـكه الا اذا كان ذلك خاصاً بالمنفعة العامة وبعد أن يقبض تعويضاً عادلا » وقد لوحظ أن الشارع الفرنسى ذكر كلمة منفعة[2] بدلا من كلمة ضرورة[3] التى كانت موجودة بالدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩١

وجاء الشارع المصرى وقرر بالمادة ٨٨ / ١١٧ مدنى بانه « لا تزول ملـكية مالك بدون اختياره الا فى الاحوال الآتية ..... ثانياً : اذا اقتضت الحالة نزع الملكية منه للمنافع العامة »

ولم يفت الدستور المصرى الحديث الموضوع فى ١٩ ابريل ســنة ١٩٢٣ أن ينص على حرمة الملكية أيضاً فقرر بالمادة ٩ منه ما يأتى : « للملـكية حرمة فلا ينزع من أحد ملـكه الا لسبب المنفعة العامة فى الاحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنـه تعويضا عادلا . » وهذا القانون المنوه عنه بالدستور هو قانون نزع الملـكية الصادر سنة ١٩٠٦ مختلط وسنة ٩٠٧ اهلى

ويجب فى نزع الملـكية ملاحظة ما يأتى :

١) لابد من مرسوم[4] لاجل نزع الملـكية بمصر (المادة الاولى من قانونى نزع الملكية)

٢) يحصل أن يقع نزع الملكية بتراضى صاحب الملك مع السلطة الادارية . فاذا لم يحصل تراض وجب استصدار قانون بذلك . (وفى فرنسا لا بد من حكم بنزع الملكية بواسطة المحاكم العادية)

---

(١) Déclaration des droit de l'homme المادة ١٧ من دستور ٣ سبتمبر ١٧٩١

(٢) utilité (٣) nécessité (٤) decret

٣) اذا حصل التراضي على نزع الملكية تقدرت قيمة التعويض تقديراً وديا بين الطرفين الحكومة والمالك . وأما اذا اختلفا في التقدير وجب الرجوع الى المحاكم بالاوضاع والقيود القانونية

ويجب أن يكون التقدير عادلا وأن يدفع التعويض الى المالك مقدماً. والا جاز للمالك حبس ملكه تحت يده حتى يتقاضى ثمنه . انما يجوز للحكومة وضع يدها على العقار اذا اقتضت الحالة في ظروف وقيود معينة (أنظر المادة ٢٢ من قانوني سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧)

٦٦٤ — في أسباب الانقضاء العيني أو في نقل الحقوق : سبق لنا أن رأينا أسباب نقل الملكية والحقوق العينية بوجه عام ، وذلك عند ماتكلمنا على وسائل التملك . ونرى هنا الاشارة اليها في هذا الموطن المناقض للموطن السابق . اذ بينما قد تكلمنا عنها في حالة تقريرها فانا نتكلم هنا عليها في حالة زوالها

١) **في نقل الملكية والحقوق العينية بحكم القانون** : يحصل ذلك كما رأينا بالالتصاق والتقادم المكسب والاختراع[١]. ويدخل في تلك المصادرة [٢] المنوه عنها بقانون العقوبات

٢) **في نقل الملكية والحقوق العينية بحكم القانون وارادة العاقدين** : ويدخل في ذلك ما يأتي : رسو المزاد في حالة البيوع العلنية واسترداد بيع الحق المتنازع فيه [٣] (المادة ٣٥٤/٤٤٢ مدني و١٦٩٩ فرنسي) . وأعمال الترك[٤] وهي الواردة بالقانون الفرنسي دون المصري في حالة ترك الحق في الحائط المشتركة (المادة ٦٥٦ مدني فرنسي) وترك الحق على عقار محمل بحق ارتفاق لصاحب العقار المرتفق (المادة ٦٩٩ فرنسي)

٣) **في النقل الاختياري للملكية وللحقوق العينية** : وهذا هو السبيل العادي الحاصل بين الافراد

---

(١) invention (٢) confiscation
(٣) retrait litigieux (٤) aclesd'abandon

٤) في زوال حق مكتسب من قبل : ويحصل زوال الملكية أو أى حق عينى آخر ببطلان العقد المقرر لها أو له [١] أو الغائه [٢] أو فسخه [٣] ويقع الزوال بواسطة مفعول الشرط الفاسخ الصريح أو الضمنى ، وبواسطة الحكم القائل بالابطال [٤] أو الفسخ [٥]

والاصل أن يترتب على زوال العقد المملك للملكية أو للحق العينى زوال الحقوق الاخرى المترتبة عليه [٦]. بمعنى أن للزوال أثراً رجعياً يتمشى على الحقوق السابقة . أى ان المالك لا يعتبر وقت الحكم بالزوال مالكا بل لا يعتبر مالكا من يوم أن ملك . وبزوال حقوق المالك تزول حقوق خلفائه . ولكن لهذه القاعدة أحكام استثنائية هامة ذكرناها فى اكثر من موضع بشأن حماية الشارع المختلط لجماعة الدائنين المرتهنين (المادة ١٠٧ مدنى مختلط وغيرها)

فى الاسباب الخاصة بزوال حق الانتفاع وحقوق الارتفاق

حق الانتفاع

٦٦٥ — نظراً لما يحدثه حق الانتفاع من الاضرار بحق المالك الاصلى ونظراً للمضار الاقتصادية المعروفة لحق الانتفاع رأى الشارع تقرير أحكام خاصة فى انعقاد هذا الحق

١) ان حق الانتفاع حق وقتى . وهو يزول اما بموت المنتفع أو بحلول أجل انقضاء الانتفاع أو بزواله بفعل التقادم (المادة ١٦ /٣٣ مدنى و٢٩ /٥٠ مدنى)

٢) ويزول فى حالة اعتساف المنتفع بحق الاستغلال (المادة ٢٧ /٤٦ مدنى)

فى وجود الحقين لدى شخص واحد

٦٦٦ — هناك سبب عام فى انقضاء الحقوق يشمل جميع أجزاء الملكية وعلى

---

(١) nullité (٢) rescision (٣) résolution

(٤) nullité (٥) rescision (٦) أى أنها ex tunc لا ex nunc

الاخص حق الانتفاع وحقوق الارتفاق، وهو وجود الحقين معاً لدى شخص واحد[١]
كما اذا اجتمع لدى شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع (المادة ٦١٧ مدنى فرنسى)
وكما اذا اجتمعت لدى شخص واحد أيضاً صفتا مالك العقار المرتفق والعقار المرتفق
به (المادة ٧٠٥ مدنى فرنسى) وهذا السبب فى الانقضاء هو خاص حتما بأجزاء
الملكية ، ولا بد من وقوعه كما يقضى به المنطق وكما تقول به القاعدة الرومانية
بأن ليس للانسان حق ارتفاق على ملكه[٢]. على انه يجب هنا ملاحظة ما يأتى:

١) يجوز أن يرجع اجتماع حق الملكية مع الحق العينى العقارى الآخر بيد شخص
واحد الى أسباب وظروف مختلفة. ويقع ذلك اذا كان سببه شراء الملكية أو استرداد
جزء الملكية أو الارث أو تنازل واسقاط صاحب حق جزء الملكية عن حقه .
وفيما يتعلق بهذا التنازل يجب ملاحظة أنه وان كان يصح أن يقع صراحة أو
ضمنا الا أنه يجب التشدد فى ذلك بحيث لا يجوز فيه مجرد وجود قرائن ظنية
بسيطة . ففى حالة تنازل صاحب حق العقار المرتفق عن حق الارتفاق لا يجوز
الاكتفاء بمجرد سكوت صاحب هذا الحق دون الاعتراض على الاعمال التى
يجريها صاحب العقار المرتفق به بطريقة ضارة بحق الارتفاق ، واعتبار مجرد هذا
السكوت والاغضاء مسوغا للتنازل وزوال جزء الملكية . ذلك لانه لما كان الحق
لا يزول عن صاحبه الا بمضى خمسة عشر سنة أصبح صاحب الحق حينئذ فى حل
من طلب ازالة الاعمال المعطلة لحق الارتفاق فى أى وقت من أوقات مدة الخمس
العشرة سنة . وعلى ذلك لا يجوز اعتبار سكوته هذا تنازلا منه عن حقه
واسقاطا له ، الا اذا استفيد هذا التنازل من أعمال بينة تنم بلا شك وتردد
عن نية صاحب حق الارتفاق فى التنازل [٣]

٢) قلنا بجواز حصول التنازل عن الحق اذا اصبحت الصفتان بيد شخص
واحد . وذلك يرجع الى نفس ماقررته المادتان ٦١٧ و ٧٠٥ مدنى فرنسى اذ

(١) consolidation (٢) nemini res sua servit

(٣) د ٨٩ ، ١ ، ٤٧٣ — س ، ٩٢ ، ١ ، ٦٥ ومقال شافجرين Chavegrin

عرفتا الانقضاء ، بسبب اجتماع الصفتين[1] تعريفاً عاماً يشمل الافتراضات الاخرى خلاف التنازل مهما كانت هذه الافتراضات مادام قد اجتمع بيد واحدة حق الملكية مع جزء الملكية . على أن هناك من يقول بعدم صحة هذا التعميم فى مجموعه . اذ يقول بانه لا يصبح القول باجتماع الصفين معا بيد واحدة فى حالة حق الانتفاع الا اذا كان المنتفع نفسه هو الذى اكتسب الملكية . اذ فى هذه الحالة فقط يمكن القول بأن المنتفع قد عمل فى الحقيقة والواقع على تثبيت حقه [2] وتقويته ، أى أنه عمل على تحويل حقه المؤقت ، وهو حق الانتفاع ، الى حق دائم خالد

وأما فى حالة ما اذا كان مالك الرقبة هو الذى حاز حق الانتفاع وضمه الى الرقبة من طريق تنازل المنتفع عن حقه[3] ، فلايجوز أن يقال هنا بأنه حصل فى هذه الحالة ضم الحقين معاً بيد واحدة [4] ، بل يجب أن يقال بأن حصل ان زال حق الانتفاع [5] ، أى زال العائق للمالك الاصلى فى تمتعه بحق ملكيته كاملا ، وأصبحت الملكية لديه كاملة غير منتقصة . وعلى ذلك لا يجوز أن يقال هنا بحصول اجتماع الحقين [6] بل بحصول تنازل [7] . وهذا التنازل هو أيضاً سبب من أسباب انقضاء الحقوق العينية . وأما الحكمة من هذه التفرقة بين سبب الانقضاء باجتماع الحقين بيد واحدة وسبب الانقضاء بالتنازل والاسقاط فهى ترجع الى أن قانون التسجيل ، يجعل التنازل[8] عن حق الانتفاع وعن حق الارتفاق خاضعاً للتسجيل ، ولم يذكر اجتماع الحقين بيد واحدة[9] من الاوراق الخاضعة لشرط التسجيل (ذكر قانون التسجيل الفرنسى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ كلمة التنازل[10] فقرر بالمادة الأولى منه فقرة ٢ بانه « يخضع للتسجيل

---

(1) consolidation (2) consolider (3) abdication
(4) consolidation (5) suppression (6) consolidation
(7) renonciaiion (8) renonciailon
(9) consolidalion (10) renonciation

أولا : كل عقد مقرر للغاروقة [١] أو لحق ارتفاق أو لحق السكنى . ثانيا كل عقد خاص بالتنازل [٢] عن هذه الحقوق » ونقل الشارع المختلط العبارة بنصها بالمادة ٧٢٧ مدنى ، دون أن يلاحظ أن كلمة الغاروقة [٣] لا تؤدى بمصر ما تؤديه بفرنسا لعدم وجود أراض خراجية وعشورية بفرنسا . ولعل الشارع المختلط أراد بها الرهن الحيازى العقارى [٤] . وجاء الشارع الاهلى ونقل النص المختلط بالمادة ٦١١ مدنى واستعاض عن كلمة الغاروقة [٥] بعبارة الرهن العقارى الحيازى [٦] أى أنه صحح مافات زميله الشارع المختلط . وجاء قانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ ولم يذكر بالمادة الاولى منه كلمة تنازل [٧] انما ذكر كلمة زوال [٨])

هـذا هو رأى من يقولون بانه لا يعتبر أن هناك اجتماعا لحقين معاً بيد واحدة [٩] الا فى حالة ما اذا كان المنتفع هو الذى حاز حق الملكية . وأما اذا كان مالك الرقبة هو الذى حاز حق الانتفاع فلا يقال بان هناك اجتماعا لحقين [١٠] . ويرتبون على ذلك كما رأينا أن الحالة الاولى خاضعة للتسجيل وأما الثانية فلا

٦٦٧ — وانا لا نقر هذا الرأى ونراه غير صحيح . ذلك لانه اذا كانت قوانين التسجيل المختلفة ، الفرنسى والمختلط والاهلى ، لم تذكر ضمن الاوراق الخاضعة للتسجيل العقد الذى تملك به المنتفع حق الرقبة ، فانه يجب مع ذلك تسجيل هذا العقد لانه مندمج حتما ضمن القاعدة العامة التى قررت بان كل عقد منشىء لحق الملكية خاضع للتسجيل . فاذا اكتسب المنتفع حق الرقبة وجب عليه تسجيل عقده الذى حاز به هذا الحق الاخير ، كما يجب على مالك الرقبة أن يسجل العقد الذى حصل به تنازل المنتفع عن حق الانتفاع . كل هذا على شرط أن يكون اجتماع الحقين بيد واحدة [١١] ، أى بيد المنتفع الذى حاز الرقبة ، حاصلا

---

(١) antichrèse (٢) renonciation (٣) antichrèse
(٤) gage immobilier (٥) antichrèse (٦) gage immobilier
(٧) renoncer (٨) éteimdre (٩) consolidation
(١٠) consolidation (١١) consolidation

بعقد بين الاحياء كأن يكون تنازلا [1] من مالك الرقبة للمنتفع [2]

٣) وما القول فيما اذا زال السبب فى انقضاء جزء الملكيـة . وهو السبب الذى ترتب عليه اجتماع الحقين فى يد واحـدة ، فهل يعود جزء الملكية الى ما كان عليه من قبل ؟ يجب هنـا مراعاة أحوال مختلفة . فاذا كان سبب جمع الحقين بيد واحدة راجعاً الى عقد ثم حكم بابطال هذا العقد [3] أو الغائه [4] عاد حق الانتفاع أو حق الارتفـاق الى الظهور من جديد أخذاً بقاعدة الأثر الرجعى لابطال العقود والغائها . والحال على خلاف ذلك فيما اذا حصل الجمع بين الحقين ثم حصل انفصالهما عن بعضهما البعض . كما اذا اشترى صاحب العـقار المرتفق العقار المرتفق به ، فيزول حق الارتفاق فى هذه الحالة . فاذا جاء المالك وباع العقار المرتفق منهما فلا يعود حق الارتفاق للظهور . ولـكن يجب هنا أن يلاحظ ما قررناه بشأن حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة اذ يجب أن يقال هنا استثناء بضرورة عود الارتفاق الى الظهور [5]

فى الزوال بسبب عدم الاستعمال

مدة التقادم

٦٦٨ — لما كان حق الانتفاع وحق الارتفاق من الحالات الطارئة على العقارات باعتبارهما شذوذاً من القانون العام أصبحا خاضعين لسبب خاص للزوال والانقضاء وهو التقادم المسقط المسمى عدم الاستعمال [6] مدة ١٥ سنة (المادة ٦١٧ فقرة ٤ والمادة ٧٠٦ مدنى فرنسى) . هذا ومن البديهى أنه لو ظل صاحب حق جزء الملكية زمنا طويلا لا يستفيد من المزايا التى تقررت لحقه اعتبر ذلك أمارة على أن جزء الملكية هذا غير مفيد له أو أنه تنازل عن الاستفادة به . وفى كلتا

---

(١) renonciaion (٢) كابتان ص ٩٨٩ (٣) annulé
(٤) résolution (٥) كابتان ص ٩٩٠ (٦) non-usage

الحالتين لا محل لاستبقاء هـذا الحق ذلك الذى لم يخرج عن كونه قيداً لحق المالك الاصلى فى ملكيته الاصلية

وقاعدة انقضاء الحق بسبب عدم الاستعمال قاعدة عامة تسرى على جميع أنواع حقوق الارتفاق وعلى الاخص على الارتفاقات المقررة بمعرفة الانسان [١] على ما فى هذا الارتفاق من نقد التسمية الذى أشرنا اليه بمكانه . وأما الارتفاقات الاخرى الطبيعية [٢] والقانونية [٣] فانها لا تنقضى بعدم الاستعمال مطلقا .ذلك لانه كما قلنا لم تخرج عن كونها من الاشياء العالقة بحق الملكية أى أنها خالدة كالملكية الخالدة ايضا

والامر على خلاف ذلك بالنسبة لحقوق الارتفاق القانونية التى تتقرر بناء على مبلغ تعويض يقضى به لصاحب العقار المرتفق به ، كحق ارتفاق المرور لارض لامنفذ لها على الطريق العام . ذلك لان حقوق الارتفاق هذه قد تزول وتنقضى بسبب عدم الاستعمال مدة ١٥ سـنة . والسبب فى انقضائها انها مقررة لمصلحة الافراد بطريقة خاصة لا للمصلحة العامـة بطريقة عامة ، ولانه لا تبادل فيها من حيث المنفعة بين طرفيها ، صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به ، كما هى الحال بشأن الارتفاقات القانونية المتعلقة مثلا بضرورة ترك متر واحد فاصل بين العـقارات المتجاورة حتى يكون لمن ترك المتر الحق فى فتح نوافذ كاملة على جاره

٦٦٩ — وعلى العكس مما تقدم فان الارتفاقات المقررة بفعل الانسان فهى تزول وتنقضى بعدم الاستعمال دون تفرقة فى أنواعها سواء كانت هـذه الارتفاقات مستمرة أو غير مستمرة ظاهرة أو خفية . وهذه حالة من حالة التفرقة بين التقادم المسقط والتقادم المكسب [٤] اذ سبق لنا أن لاحظنا أن هذا التقادم الاخير لا يسرى الا على الارتفاقات المستمرة والظاهرة معاً. وأما التقادم المسقط فانه يسرى

---

(١) servitudes du fait de l'homme (٢) serv. naturelles

(٣) serv. légales (٤) usucapion

بلا استثناء على الارتفاقات المتقطعة والارتفاقات المستمرة . ولكن يلاحظ أنه على ذلك يجب التمييز فى هذه الحالة بين هـذين النوعين من الارتفـاق من حيث تعيين ابتداء مدة التقادم بمضى ١٥ سنة ، ففى الارتفاق المتقطع يعتبر ابتداء مدة التقـادم المسـقط نفس اليوم الذى بدأ فيه صاحب حق الارتفـاق يمتنع عن الانتفـاع بحقه ، أى هو اليوم التى يحصـل فيه آخر عمل من اعمـال الاستغلال لحق الارتفـاق . وأما عن الارتفاقات المستمرة فيعتبر ابتداء مدة التقادم اليوم الذى حصل فيه عمل من الاعمال التى تتعارض مع حق الارتفاق . كأن سدت المنافذ المطلة على العقار المرتفق أو رفعت المواسير الموضوعة لجلب المياه (المادة ٧٠٧ مدنى فرنسى) هذا ويلاحظ من البديهى أنه اذا ظل حق الارتفاق الظاهر غير منتفع به ، كأن لم يقم صاحب المنزل المرتفق بفتح النافذة المتفق على فتحها على المنزل المرتفق به ، انقضى هذا الحق بالتقادم . وتبتدئ المدة هنا من يوم الاتفاق على فتح النافذة

المعنى المقصود من عدم استعمال حق الارتفاق

٦٧٠ — ان سهل ادراك عدم استعمال المنتفع لحق الانتفاع فان الامر يدق فهمه فى حالة عدم استعمال حق الارتفاق . وفى ذلك بيان نوجزه فيما يأتى :

١) هل هناك محل أولا الى ضرورة تعيين طبيعة العائق والحائل دون الانتفاع بحق الارتفاق ؟ اذا فرض وفسرنا بتوسع انقضاء الارتفاق بعدم الاستعمال بانه تنازل واسقاط من جانب صاحب حق ارتفاق عن حقه لترتب على ذلك ضرورة القول هنا بأنه لا يعتبر اسـتمرار عدم الاستعمال سبباً لانقضـاء حق الارتفاق الا اذا كان حاصلا بارادة ورغبة صاحب الحق [١] وأنه لا أثر لعـدم الاستعمال اذا كان راجعاً لسبب جبرى أو قهرى

فاذا زال الاستعمال بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى فلا يعتبر بمثابة تنازل

(١) abstention volontaire

واسقاط من جانب صاحب العقار المرتفق لان حق الارتفاق يعود كما كان اذا زال العائق اللاارادى حتى ولو مضت مدة التقادم الطويل[١] ولكن النقض الفرنسى ابى الاخذ بهذه التفرقة[٢] وقرر بأن المادة ٧٠٤ مدنى فرنسى قررت فى صراحة وبلا تمييز بين حالة وأخرى ضرورة انقضاء حق الارتفاق اذا مضت مدة من الزمن تكفى للقول بزوال الارتفاق ، أى اذا لم يزل العائق الا بعد مضى مدة التقادم الطويل على القطع (بمعنى أن العائق أو الحائل دون الانتفاع ظل قائما مدة التقادم الطويل ، ثم زال العائق بعد ذلك وعادت حالة الارتفاق كما كانت من قبل ، اذ فى هذه الحالة لايعود الارتفاق بل ينقضى) وقد اعترض البعض على هذا الرأى قائلا بأنه اذا كان قطع التقادم لم يرجع لفعل صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فانه يستحيل وقتئذ على صاحب العقار المرتفق قطع التقادم من طريق رفع دعوى أمام القضاء على صاحب العقار المرتفق به . ولا صحة لهذا الاعتراض لانه اذا تبين أن صاحب حق الارتفاق أصبح مهدداً بزوال الارتفاق بسبب قهرى أو جبرى فما عليه الا أن يعمل على قطع التقادم من طريق رفع دعوى على صاحب العقار المرتفق به يطلب فيها اقرار هذا الاخير بحق الارتفاق المقرر من قبل . وفى هذه الحالة لا محل للاخذ حينئذ بالقاعدة الرومانية القائلة « بأن التقادم لا يسرى على من استحال عليه العمل »[٣]

٢) واذا تعدد أصحاب الارتفاق ظل حق الارتفاق قائماً بالنسبة للجميع اذا ظل أحدهم منتفعاً بحق الانتفاع (المادة ٧٠٩ مدنى فرنسى) وكذلك الحال أيضاً فيما اذا كان أحدهم مفقود الأهلية فان التقادم المسقط يوقف قبله (المادة ٨٤ مدنى و ٢٢٥٢ فرنسى) وقبل شركائه فى حق الارتفاق (المادة ٧١٠ مدنى فرنسى) . وعلى ذلك وبناء على هاتين المادتين اذا أصبح العقار المشترك بين

---

(١) د ، ٩١ ، ٢ ، ١٦٥ فيما يتعلق بمنبع كل بحق ارتفاق تغذية بئر — كابتان ص ٩٩١

(٢) د ، ٩١ ، ١ ، ٣٧ . — س ، ١ ، ١ ، ٢٤٥

(٣) contra non valentem agere non curit praescriptio — د ، ٩٢ ، ٢ ، ٣٢ -- كابتان ص ٩٩١

الجميع ملكا لأحد الشركاء وحده فيما بعد [١] بسبب القسمة ظل حق الارتفاق قائما حتى ولو كان هذا الشريك الذى اختص وحده بالعقار المرتفق قد سبق له ان انقطع هو بالذات عن الانتفاع بحق الارتفاق المدة الطويلة . وعلة ذلك أنه لما كان حق الارتفاق من الحقوق التى لا تقبل القسمة فلا يمكن حينئذ تقسيمه على الشركاء فيه والمنتفعين به . وعلى ذلك اذا ظل أحد الشركاء على الشيوع ينتفع بحق الارتفاق وجب اعتبار انتفاعه منصرفاً الى حفظ حق الارتفاق فى ذاته وعلى اتمه وا كمله . وبعبارة أصح يمكن القول فى هذه الحالة بأنه لما كان حق الارتفاق لم يخرج فى الحقيقة عن كونه رابطة قائمة بين عقاروعقار أصبحت المنفعة المرجوة من هذا الارتفاق وقفاً على العقار المرتفق لا على أحد ملاكه . وعلى ذلك يظل الارتفاق قائماً طالما الانتفاع به قائما سواء كان المنتفع به بالذات أحد ملاك العقار المرتفق أو انتفعوا به جميعا [٢]

٣) وما القول فيما اذا كان عدم الاستعمال جزئياً ؟ القول فى ذلك « أن طريقة الانتفاع بالارتفاق [٣] قد تتقادم هى الاخرى كما يتقادم حق الارتفاق نفسه » (المادة ٧٠٨ مدنى فرنسى) فاذا كان مقرراً للجار حق المرور على أرض جاره فى عرض خمسة أمتار معينة ثم استمر المرور قائماً مدة ١٥ سنة فى عرض ثلاثة أمتار زال التقادم عن المترين وظل قائماً فى الثلاثة الباقية . وربما كان هذا الرأى الذى تقول به المادة ٧٠٨ مدنى فرنسى المذكورة يتعارض مع ماقررته المادة ٧٠٩ مدنى فرنسى اذ نصت هذه الاخيرة أنه فى حالة تعدد أصحاب الارتفاق وانصراف الانتفاع به الى جزء منه أصبح حق الارتفاق مع ذلك قائما بأكمله بالنسبة للجميع . وقد يتعارض أيضاً مع المادة ٢٢٣٢ مدنى فرنسى : قالت بانه لا يجوز اعتبار أعمال التسامح والتساهل [٤] مسوغا للتقادم . ويظهر

---

(١) co-indivisaire (٢) كابتان ص ٩٩٢ . — انظر مع ذلك د ٣ ، ٥ ، ١ ، ٢٣ . — س ، ٥٣ ، ١ ، ٧٠٧ (٣) mode de servitude

(٤) actes de pure faculte

أن القاعدة المقررة بالمادة ٧٠٨ المذكورة لا تستند الى سند تاريخى متقدم عليها . اذ قرر الرومان أيضاً بأنه يكفى فى بقاء الارتفاق قائما أن يكون الانتفاع به انتفاعا جزئياً ، وأخذبه أيضاً القانون الفرنسى القديم . ولكن دوما[1] قد انفرد برأى المادة ٧٠٨ المذكورة فقال به بناء على تعليلات منطقية . فتأثر الشارع الفرنسى به فى غير حق ووجاهة [2] لذا عمل القضاء الفرنسى على الاخذ فى تطبيق المادة ٧٠٨ المذكورة بالحرص والدقة ، فلايقضى بما قررته الا اذا كان الارتفاق مستمراً ، كما رأينا فى مثل حق المرور فى طريق عرضه خمسة أمتار . وكما اذا كان للجار حق المطل على جاره فى ثلاثة منافذ فسد الجار الى المرتفق بعقاره نافذتين وظل صاحب العقار المرتفق منتفعا فقط بنافذة واحدة مدة التقادم الطويل . وهنا يتقادم الارتفاق فى النافذتين المسدودتين ويبقى الارتفاق قائما فى النافذة الباقية . وكما اذا التزم صاحب العقار المرتفق به بان لا يقيم بناء بارضه ثم جاء وأقام بناء بارتفاع ثمانية أمتار مثلا

فاذا ظل هذا البناء قائما مدة التقادم الطويل ، تحول ارتفاق عدم البناء [3] هذا الى حق ارتفاق بالبقاء على ارتفــاع معين [4] أى صورة مصغرة للارتفاق الاول [5]

وأما اذا كان الارتفاق متقطعا فان القضاء الفرنسى لا يعمل على الاخذ بالمادة ٧٠٨ المذكورة الا فى حالة ما اذا كان القطع الجزئى ناشئاً عن حائل مادى حال دون انتفاع صاحب حق الارتفــاق بحقه وليس ناشئاً عن مجرد أن صاحب حق الارتفــاق قد اكتفى باستغلال الحق فى صورة مصغرة عن طريقة الاستغلال المقررة له من قبــل . فاذا فرض بانه تقرر للجار حق المرور على أرض جاره اما بواسطة عربات أو بأى واسطة أخرى وظل صاحب الارتفاق يمر على أقدامه مدة

---

(١) Domat (٢) كابتان ص ٩٩٢

(٣) servitue de ne pas bâtir (٤) servitude non altuis tollendi

(٥) كابتان ص ٩٩٢

التقادم الطويل فلا يعتبر ذلك مؤثراً على حقه فى المرور بالعربات . أى لا يصبح حق الارتفاق مقيداً بالمرور بالاقدام فقط . ولكن الرأى يختلف فيما اذا كان السبب فى تعديل طريقة الانتفاع بحق الارتفاق راجعاً الى الحالة الطبيعية للعقار المرتفق به . فاذا زال الطريق المعد لمرور العربات وظل الزوال قائماً مدة التقادم زال معه حق المرور بالعربات [1]

التقادم وعدم الاستعمال

فى حق الانتفاع وحق الارتفاق وباى التقادمين يؤخذ ؟

٦٧١ — تساءل الشارحون فيما اذا كان من الجائز تقصير مدة التقادم الطويل بسبب عدم الاستعمال المنوه عنه بالمواد ٦١٧ و٧٠٦ فرنسى . وبدلا من الاخذ فيها بالمدة الطويلة يؤخذ فيها بمدة التقادم القصير بخمس سنوات مع السبب الصحيح اذا توافرت شروط هذا التقادم الخمسى (المادة ٧٦/١٠٢ مدنى و ٢٢٦٥ فرنسى) والسبب فى هذا التساؤل هو أن المادة ٦١٧ فرنسى قررت جواز انقضاء حق الانتفاع بسبب عدم الاستعمال مدة ٣٠ سنة . وأن المادة ٧٠٦ فرنسى قررت من جهة أخرى جواز انقضاء حق الارتفاق بمدة ٣٠ سنة أيضاً (يقابل هذه المدة بمصر ١٥ سنة) تساءل الشارحون فى ذلك وقرروا ضرورة التفرقة بين حالتين : حالة الانتفاع وحالة الارتفاق

ففى حالة الانتفاع فانه يجوز سقوط هذا الحق بالتقادم القصير الخمسى عن صاحبه عند توافر شرطى السبب الصحيح وحسن النية . فاذا جاء مالك الرقبة وملك حق الانتفاع من شخص بعقد صحيح وباعتقاد أنه صاحب حق الانتفاع مع أنه ليس كذلك ، وظل مالك الرقبة يستغل العقار على هذا الاعتبار مدة خمس

(١) د ٩٠٩ ، ١ ، ٣٩١ . — س ٩٠٩ ، ١ ، ٣٢ . — كابتان ص ٩٩٣

سنوات وهو يجنى ثمراته ويستولى على ايراده ، اذا حصل ذلك طهر العقار من حق الانتفاع بمضى هذه المدة القصيرة

وأما عن حق الارتفاق فاذا فرض وأن مشتريا اشترى العقار المحمل بهذا الحق أى العقار المرتفق بهوجهل وجود الارتفاق وظل مستغلا للعقار مدة خمس سنوات دون أن يعمل صاحب حق الارتفاق عملا من شأنه اظهار حق الارتفاق والتدليل عليه بأعمال خارجية ظاهرة ، اذا حصل ذلك فهل يسقط حق الارتفاق عن صاحبه بالتقادم المسقط [1] ؟ قال بوتييه بالسقوط . وخالفه بحق المصريون فى رأيه هذا بالاجماع . لانه لا محل فى حالة حق الارتفاق للقول بالتقادم المكسب كما فى حالة حق الانتفاع . ذلك لان مالك الرقبة فى استغلاله للعقار الذى اشترى فيه حق الانتفاع مدة خمس سنوات (وفى فرنسا ١٠ سنوات أو ٢٠ سنة على حسب الاحوال) انما يقوم بالاعمال الخاصة بحق الانتفاع بالذات ، وبذا يجوز له أن يكتسب هذا الحق بمضى المدة القصيرة . وعلى العكس من ذلك فى حق الارتفاق فان من ملك العقار المرتفق به وهو المحمل بحق الارتفاق ، مدة خمس سنوات مع السبب الصحيح فهو لا يقوم بعمل يدل على أنه استفاد من حق الارتفاق . ويستحيل أن يحصل ذلك لان عقاره هو المرتفق به . واذاً لا يجوز أن يتملك حق الارتفاق بمضى المدة ، أى لا محل للاخذ بالتقادم المكسب . واذا ستحال عليه حينئذ الأخذ بالتقادم المكسب فانه لا محالة من الأخذ هنا بالتقادم المسقط [2] أى بالمدة الطويلة التى قالت بها المادتان ٧٠٦ و ٦١٨ فرنسى [3]

عدم الاستعمال وحق الملكية

٦٧٢ — قلنا بجواز تقادم أجزاء الملكية بسبب عدم الاستعمال . ولكن لا يصح الاخذ بقاعدة التقادم بسبب عدم الاستعمال فى حالة الملكية ذاتها . فاذا

---

(١) usucapio libertatis (٢) prescription libératoire

(٣) كابتان ص ٩٩٣

ظل المالك المدة الطويلة وهو لا يستغل عقاره فلا تزول ملكيته عنه [1] أى ان الملكية حق خالد . ويتولد عن ذلك عدم جواز تقادم حقوق الارتفاق الطبيعية والقانونية ولا تتقادم دعوى تثبيت الملكية لدى صاحبها [2]

ولكن يجب ملاحظة أنه ان صح القول بخلود الملكية وعدم زوالها بعدم الاستعمال فان ذلك موقوف على حالة ما اذا لم يتقرر للغير حق على العقار أثناء مدة التقادم . وعلى ذلك لايجوز أن يقال فى هذه الحالة بسقوط حق الملكية من المالك بالتقادم المسقط ، بل يجب القول باكتساب الغير لحق الملكية بالتقادم المكسب . نعم ولو أن النتيجة واحدة وهى زوال الملكية عن المالك الا أن هناك ملاحظة لا بد من الالمام بها . فاذا فرض وظل المالك الحقيقى مدة التقادم وهو لايجرى على عقاره أى عمل ما ، وفى أثناء المدة تعاقبت أيد عدة على العقار بحيث يستحيل على واضع اليد الحاضر ضم مدته على مدة السابق عليه فى وضع اليد : اذا حصل ذلك وقيل بالاخذ بالتقادم المسقط قبل المالك الحقيقى اترتب عليه ان واضع اليد الاخير يدفع بهذا الدفع الخاص بالتقادم المسقط قبل المالك الحقيقى . وعلى العكس من ذلك اذا قيل بضرورة الاخذ بالتقادم المكسب فانه لايجوز لواضع اليد الاخير دفع دعوى المالك الحقيقى الا اذا تملك هو العقار بمضى المدة المملكة والمكسبة سواء بنفسه أو بعد ضم مدته على مدة تملكيه السابقين عليه [3]. وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ [4] خالفت به هذه القاعدة وكان محلا لنقد الناقدين [5] ذلك أن جمعية دينية غير مأذون لها من قبل الادارة وضعت يدها على عقار بناء على عقد هبة من المالك . وجاء ورثة الواهب وطلبوا رد العقار اليهم لبطلان الهبة بسبب أن الجمعية الدينية غير مرخص بوجودها فهى غير موجودة من الوجهة القانونية . فقررت محكمة النقض بأنه لا محل لدعوى

(١) ج ع ١ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٢ . — مصر كلى ١٦ سبتمبر ١٩٢٢ م ٣ ص ٧٦ عدد ٤٨ ، مرجع ص ٣٧٦ ن ١٣٤٩ (٢) ج ع ٢ ص ٢٨٠ ن ٣٥٨٠ — ٣٥٨٢
(٣) كابتان ص ٩٩٤ (٤) د ، ٨٠ ، ١ ، ١٤٥ ومقال بوردان Ch. Beudant ص ، ٧٩ ، ١ ، ٣١٣ (٥) كابتان ص ٩٩٤ — كتابنا فى الالتزامات ص ٤٩٨ ن ٥٠٥

الورثة لا لسبب استحالة تملك الجمعية للعقار بالتقادم بسبب عدم الاقرار بوجودها القانونى، بل لسبب أن دعوى استرداد العقار، أو بعبارة أخرى دعوى بطلان الهبة، قد سقطت ما دام أنه قد مضت مدة ثلاثين سنة على الهبة. واستندت فى حكمها الى المادة ٢٢٦٢ التى قررت «بانه تتقادم جميع الدعاوى العينية والشخصية بمدة ٣٠ سنة» أما طريقة تدليلها بالاستعانة بهذه المادة فهو غير صحيح. ذلك لان الغرض من وضع هذه المادة والجمع فيها بين الدعاوى العينية والشخصية من حيث حكم التقادم، فانما يرمى الى أن واضعى قانون نابليون أرادوا بها فقط أن يلموا فى عبارة واحدة بالتقادم المكسب والتقادم المسقط حتى يكون الحكم عاما عليهما. وقد أراد بذلك واضعو قانون نابليون فى الوقت الذى قالوا فيه بالاجماع بعدم جواز انقضاء حق الملكية بعدم الاستعمال وانه لا يصح زوالها الا اذا تقررت لآخرين حقوق على العقار، أى دفع واضع اليد بالتقادم المكسب. هذا واذا دققنا النظر فى حكم النقض المذكور لوجدنا أنه يسفر عن نتيجة غريبة. ذلك لانه مادام أن دعوى الملكية زالت بالتقادم طبقاً للمادة ٢٢٦٢ المذكورة، وما دام أنه لم يحصل وضع يد قانونى مملك لانتفاء الوجود القانونى للجمعية الدينية المشار اليها بسبب عدم التصريح لها من جانب الادارة، فانه يترتب على ذلك كله أن العقار يصبح ولا ملك له. أى أنه يصبح ملكا للحكومة أخذاً بالماده ٧١٣ مدنى فرنسى. وبذا يصبح التقادم، وقد شرع لتأمين أصحاب الحقوق على حقوقهم، اداة تعمل على زعزعة هذه الحقوق واضطرابها فى أيدى أصحابها [1]

فى الضمانات القضائية المقررة لحماية الحقوق العينيـــة

٦٧٣ — يتناول القول هنا الدعاوى العينية وطرق اثبات الحقوق العينية

(١) كابتان ص ٩٩٤

في الدعاوى العينية

١) في دعاوى وضع اليد ودعاوى الملـكية

المنقول منها والعقارى

٦٧٤ — الدعاوى العينية [١] اما أن تكون منقولة أو عقارية وذلك على جسب ما اذا كانت متعلقة بمنقول كالملكية وحق الانتفاع فى المنقول . أومتعلقة بعقار كالملـكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق فى العقار

والدعاوى العقارية [٢] اما أن تكون دعاوى ملـكية [٣] أو دعاوى وضع يد[٤] . والاولى منهمـا ما تعلقت بالنزاع فى وجود أو عدم وجود الحق العينى العقارى ذاته[٥]. وتسمى أيضاً هذه الدعوى بدعوى تثبيت الملكية[٦] اذا تعلقت بالملـكية ذاتها ، وتسمى بدعوى جزء الملـكية [٧] اذا تعلقت بحق الانتفاع أو حقوق الارتفاق

ويستعان بدعوى وضع اليد فى حماية وضع اليـد ذاته على العقار دون التعرض للبحث فى حق الملـكية . وبها يستطيع واضع اليد دفع أى اعتداء على يده حتى ولو كان صادراً من المالك نفسه وذلك الى أن يثبت هذا الاخير بطريق قضائى ملـكيته للعقار

وللتفرقة بين دعوى وضع اليد ودعوى الملـكية نتائج عملية هامة . منها :

١) لا يشترط القانون شروطا واحدة فى الدعويين من حيث أهلية التقاضى وحق التقاضى ، اذ يتساهل فى تقرير ذلك بالنسـبة لأولى الدعويين دون الأخرى . ذلك لانه يجوز لمن كان لديهم مجرد حق ادارة العقار أن يرفعوا

---

(١) actions réelles (٢) actions immobilières (٣) petitoires
(٤) possessoires (٥) droit réel immobilier
(٦) revendication (٧) confessoire

دعوى وضع اليد دون دعوى الملكية. فيجوز للوصى رفع دعوى وضع اليد[١] باسم الصغير دون أن يكون فى حاجة الى أخذ رضاء المجلس الحسبى. وأما اذا شاء هذا الوصى رفع دعوى الملكية فانه يجب عليه أخذ رضاء المجلس الحسبى فى ذلك (انظر فى ذلك المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ٩٢٥)

٢) دعوى الملكية خاضعة للقواعد العامة الخاصة باختصاص المحاكم العادية أى المحكمة المدنية ومحكمة الاستئناف. وأما دعوى وضع اليد فانها على العكس من ذلك اذ هى من اختصاص القاضى الجزئى نظراً لضرورة الفصل فيها على وجه السرعة (المادة ٢٦/٢٩ مرافعات و ٣ فقرة ٢ فرنسى)

٢) فى دعاوى وضع اليد

وما يرجى منها وفى محل الاخذ بها

٦٧٥ — هناك مبدآن يسودان هذه الدعاوى:

أولا: من حيث النتائج القانونية المقررة لوضع اليد فى ذاته: ان اهتمام الشارع فى كل مكان بحماية واضع اليد دون أن يعنى بما اذا كان هذا الاخير مالكا أم غير مالك اهتمام يرجع لاسباب عدة. منها أن وضع اليد يصحبه فى الغالب حق الملكية. ذلك لان صاحب هذا الحق الاخير انما هو على الغالب من يقوم باجراء الاعمال الخارجية الظاهرة التى تنم على حقه. وقد يستفيد نفس المالك الحقيقى[٢] من دعوى وضع اليد هذه فيستعين بها فى دفع اعتداءات الغير عليه فى الوقت الذى قد يتعذر عليه اثبات حقه بادلة قاطعة فى الملكية. وفى استعانته بها اعفاء من حيث هذا الاثبات الدقيق فيما يتعلق بالملكية ومن حيث الوقت والمصاريف القضائية وسهولة التقاضى

ولقد أصاب اهرنج[٣] العالم القانونى الالمانى المعروف فى قوله بأن وضع

(١) agir au possessoir (٢) verus dominus (٣) Ihering

اليد هو الخطوة الاولى من خطوات الملكية[١] . فاذا فرض وكان صاحب اليد الحاضرة لا يستند فى حقه الى عقد تمليك فى الملكية فانه يجب مع ذلك حمايته من أى اعتداء على يده يأتيه من جانب المتعرضين له ، طال أوقصر أجل يده على العقار . ويرجع ذلك كله الى أن وضع اليد أداة موصلة للملكية أو هو قرينة لها . لذلك كان من العدل والمنطق تمكين واضع اليد من العمل على حماية يده الحاضرة وتقرير طريقة قانونية خاصة له فى اقرار يده حتى لا يكون فى حاجة الى الاستعانة بوسائل القوة الشخصية [٢] فى درء اعتداء الغير عليه حتى ولو كان المعتدى هو المالك الحقيقى نفسه . ولا غرابة فى تقرير أداة الحماية هذه لواضع اليد الحاضر ضد المالك الحقيقى وفى الزام هذا الاخير بطريقة قانونية أخرى باثبات ملكيته قبل خصمه . ذلك لانه لو كان المالك الحقيقى قد عنى بحقه ولم يتركه للغير ينتفع به لما نجمت عن اهماله هذه الحالة الجديدة وهى وجود يد مستقلة هادئة على عقار نفض المالك الحقيقى يده عنه برغبته واختياره

ثانياً : ان دعوى وضع اليد أداة مقررة فى العصور الحاضرة لحماية الحقوق العقارية دون غيرها (المادة ٢٦ / ٢٩ مرافعات و ٣ فقرة ٢ فرنسى) . أما عند الرومان وفى القانون الفرنسى القديم فان دعوى وضع اليد كانت مقررة للمنقولات أيضاً [٣]

٦٧٦ — والحكمة فى تقرير دعوى وضع اليد فى الوقت الحاضر لحماية الحقوق العقارية دون المنقولة هو لان حماية المنقول مكفولة بقاعدة «حيازة المنقول سند تمليكه» اذ يصبح لصاحب اليد على المنقول حق التذرع بهذه القاعدة فى سبيل حماية يده من اعتداء الغير عليه . ولكن يلاحظ أن هذا التعليل المقول به غير كاف فى تقرير المسوغ فى قصر دعوى وضع اليد على العقار دون المنقول . لانه سبق لنا أن رأينا بانه لا تصح قاعدة « حيازة المنقول سند تمليكه » قبل

---

(١) poste avancé de la propriété (٢) voies de fait

(٣) وكانت تسمى aveu او contre-aveu

الغير وهو من اشترى ولو بحسن نية منقولا من غير تاجر لصنف المنقول هذا. وعلى ذلك يجوز للمالك الحقيقي طلب رد المنقول اليه الى صاحب اليد الحاضرة عليه . ويظهر أن السبب الصحيح لذلك المسوغ هو أنه لما كانت المنقولات ليس في غالب الاحيان كبيرة الاهمية فلا يجوز حينئذ التساهل في افساح مجال التخاصم أمام خصمين وتركهما يستعينان بدعويين مختلفتين دعوى وضع اليد ودعوى الملكية [1] هذا هو المسوغ الذي قال به واضعو قانون نابليون وهو تعليل كما نرى لا يتفق مع حقيقة الواقع في الاوقات الحاضرة ، اذ للمنقولات الآن من القيمة ما لا يقل عن قيمه العقارات . وعلى ذلك نرى أن هذه القاعدة في حماية العقار دون المنقول بدعوى اليد قاعدة مقررة في الاوقات الحاضرة بدون مسوغ قانوني مقبول [2]

٣) في الحقوق العقارية المحمية بدعوى وضع اليد

٦٧٧ – الاصل أن الاداة المقررة لحماية اليد الحاضرة انما هي بوجه عام لكل من يجري على العقار حقاً عينياً عليه ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر الفرنسي [3] . وربما يستعين بهذه الاداة أيضاً الحائزون العاديون [4] كالمستأجرين للبيوت [5] وللاراضي الزراعية [6] والدائنين في الغاروقة الفرنسية [7] (وفي الدائنين المرتهنين رهناً حيازيا [8]) الخ .

ولا بد مع ذلك من الاخذ بالملاحظات الآتية :

٦٧٨ – ١) يجب فيما يتعلق بالاملاك العامة [9] أن يتقرر هذا النوع من حماية اليد الحاضرة للحكومة وللمديريات ودفع اعتداءات الافراد عليها ولو أن يد الحكومة والمديريات ليست يداً مالكة . والحكومة أو المديريات بالخيار ان

---

(١) انظر مجموعة لوكريه Locré مجلد ١٦ ص ٥٨٦ (٢) كابتان ص ٩٩٧

(٣) emphythéose (٤) simples détenteurs (٥) locataires

(٦) fermiers (٧) créanciers antichrésistes

(٨) gage immobilier (٩) domume public

شاءت الاستعانة بدعوى وضع اليد أو بالطرق الادارية[١]

وللاشخاص أو الشركات التى حصل اليها التنازل عن جزء من الاملاك العامة[٢] للقيام بأعمال عامة وهى المسماة بالشركات صاحبة الامتياز ، حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد ضد الغير الذى يتعرض لها . ذلك لان الحيازة العرضية هنا وهى التى تحول دون الاستعانة بهذه الدعاوى ، انما هى حيازة الشركات المتنازل اليها قبل الادارة . أى اذا كان لا يجوز للشركات الاستعانة بدعاوى وضع اليد قبل الحكومة ، لان يدها يد عارضة ، فانه يجوز لهذه الشركات الاستعانة بهذه الدعاوى قبل الافراد واعتبارها بمثابة واضع اليد الحقيقى [٣] ما دام أنه ليس للافراد حقوق على الأملاك العامة أكثر مما للشركات صاحبة الامتياز [٤]

. قلنا بأنه لا يجوز للشركات أصحاب الامتياز حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد قبل الحكومة ما دام أن يد هذه الشركات هى يد عارضة [٥] ولكن يجب أن يلاحظ بأنه لو حصل اعتداء بالقوة [٦] من جانب الحكومة على هذه الشركات أصبحت هذه الاخيرة فى حل من الاستعانة باحدى دعاوى وضع اليد وهى دعاوى استرداد العقار لحيازة الحائز [٧]

٦٧٩ — ٢) وفيما يتعلق بحق الانتفاع تجب مراعاة ما يأتى :

١ . — فى الدعاوى التى يرفعها صاحب حق الانتفاع لاجل الحصول على وضع يده على العقار محل الانتفاع : اذا أبى صاحب الرقبة تسليم صاحب حق الانتفاع العقارت المحملة بحق الانتفاع جاز لهذا الاخير حق رفع الدعوى العينية [٨] المصبوغة بصبغة دعوى الملكية [٩] والمقابلة لدعوى تثبيت الملكية [١٠]. وتسمى

(١) voie administrative د ٧٢ ، ١ ، ٤١ — س ، ٧٢ ، ١ ، ٢٢٥

(٢) concessionnaires (٣) possesseur proprement dit

(٤) د ، ٨٩ ، ١ ، ٦٧ . — س ، ٩٠ ، ١ ، ٣٩٩ د . — النقض البلجيكى — ٩٠٠ ، ٢ ، ٤٧٠ ، — كابتان س ٩٩٧ (٥) د ، ٩٧ ، ١ ، ٢٤٥ . — س ، ٩٧ ، ١ ، ٤٤٧

(٦) violence ou voies de fait (٧) action en réintégrande د ، ٧٨ ، ١ ، ٢٧٧ . — س ، ٧٨ ، ١ ، ٢١٦ كابتان س ٩٩٧ (٨) action réelle

(٩) de caractère pétitoire (١٠) revendication

الدعوى هذه [1] اذا كانت خاصة بمنقولات أو عقارات ، أى بدعوى تثبيت حق الانتفاع على منقول أو عقار . وفوق ذلك فانه يجوز لصاحب حق الانتفاع الاستعانة بالدعوى الشخصية لطلب تسليم العقار أو المنقول [2] اذا كان حق الانتفاع مقرراً بعقد أو بوصية

وأما اذا كان محل حق الانتفاع سند دين أو أى حق معنوى آخر فلا يجوز لصاحب حق الانتفاع الاستعانة بالدعوى العينية فى طلب محل الانتفاع بالذات . انما له مطالبة صاحب الرقبة بتسليمه المسندات المادية المثبتة للدين بالذات

٢ . — فى الدعاوى التى يرفعها صاحب حق الانتفاع أثناء الانتفاع عند حصول التعرض له : اذا تعرض الغير لصاحب حق الانتفاع أو تعرض له نفس صاحب الرقبة جاز له الاستعانة بدعاوى وضع اليد . نعم ولو أن يده يد صاحب الحيازة العرضية [3] وملزم برد الشىء فى نهاية الانتفاع الا أنه يعتبر حتى وقت الرد صاحب اليد على الشىء باعتباره صاحب حق الانتفاع. وله حق التمسك بوضع اليد قبل الناس كافة بما فيهم صاحب الرقبة

هذا ولقد رأينا أن المادة ٦١٤ مدنى فرنسى ألزمت صاحب حق الانتفاع باخبار مالك الرقبة بكل شروع فى اعتداء وغصب يحصل له من الغير عن الشىء المحمل بحق الانتفاع . ذلك لان مالك الرقبة ولو أنه لا ينتفع انتفاعاً فعلياً بالشىء الا أنه يعتبر بمثابة صاحب اليد ، اذ يد المنتفع تعتبر يداً نيابية عن يد مالك الرقبة . وعلى ذلك يجوز لهذا الاخير حق الاستعانة أيضاً بدعاوى وضع اليد . ويتأيد ذلك على الاخص اذا لاحظنا بأنه يشترط فى المدعى فى دعوى وضع اليد أن يثبت بأن يده ظلت على العقار مدة لا تقل عن سنة،وربما استحال على المنتفع اقامة الدليل على هذا الشرط . لذلك كان من الواجب على المنتفع أن يخبر صاحب الرقبة بكل شروع فى الاعتداء على العقار محل الانتفاع حتى يأخذ عدته فى دفعه

(١) action confessoire d'usufruit

(٢) action personnelle en délivrance

(٣) détenteur précaire

بدعوى وضع اليد ، والا التزم المنتفع بالاضرار التى تنجم عن خطأه فى عدم الاخبار فى الوقت المناسب

هذا ويجب ملاحظة أن لصاحب حق الانتفاع الحق فى الاستعانة بدعوى تثبيت حق الانتفاع [١] قبل من يعتدى عليه أثناء الانتفاع ويدعى ضده حقاً يتعارض مع حقه المقرر له

٣) *فى الدعاوى الخاصة بحقوق الارتفاق* : اذا قام نزاع بين مالكين بشأن حق ارتفاق انصرف هذا النزاع فى الحقيقة وفى أغلب الاحيان اما الى دعوى وضع اليد واما الى دعوى الملكية

فاذا فرض وجاء بكر وفتح نافذة (شباكا) بداره على دار خالد المجاور له ، فهل يجوز لهذا الاخير حق الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل بكر ومنعه من التعرض له فى ملكه ؟ يجوز له ذلك ولا محالة . لان لخالد حق الدفاع عن وضع يده وهو الحق المقابل لحق الملكية . وليس حينئذ لبكر الادعاء بحق الارتفاق على خالد ، أى حق فتح النافذة عليه . بل يجب عليه أولا الاقلاع عن المضى فى سبيل فتح النافذة ، أى يجب سدها أولا . ثم هو يرفع بعد ذلك ان شاء دعوى الملكية [٢] وهى الدعوى المسماة عادة فى هذه الحالة بالتسمية المعروفة قديماً وحديثاً بدعوى تثبيت حق الارتفاق [٣]

واذا فرض بأن بكراً فتح نافذة على خالد وظل منتفعاً بها اكثر من سنة بطريقة سلمية ظاهرة ثم جاء خالد وتعرض له بأن قام بأعمال كان من شأنها سد النافذة على جاره جاز لبكر حينئذ الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل خالد ومنعه من القيام بهذه الاعمال التى ترتب عليها سد النافذة . ذلك لان الاصل فى دعوى وضع اليد كما رأينا أن تحمى وضع اليد فى ذاته باعتباره حقاً ، هو والحقوق العقارية الاخرى فى مستوى واحد . وعلى ذلك يلزم خالد بالاقلاع عن التعرض . وله ان شاء أن

---

(١) action confessoire (٢) action pétitoire

(٣) action confessoire de servitude

يرفع دعوى الملكية وهى الدعوى التى تسمى فى هـذه الحالة بدعوى نفى حق الارتفاق[1] وبها يعمل على أقامة الدليل بعدم وجود حق الارتفاق المقول بهعلي عقاره ، وان مضى السنة على النافذة وهى مفتوحة على عقـاره انما كان من طريق التجاوز والتسامح من قبله نحو جاره بكر

على أنه فى مثل هذه الاحوال نلاحظ أن وضع اليد الذى يحميه القانون فى حالة حق الارتفاق يجب أن يكون عن حق الارتفاق المستمر الظاهر . واما اذا كان الارتفاق خفياً أو متقطعاً فلا تعتبر الاعمال القائمة بشأنه أعمالا خاصة بوضع اليد الصحيح الذى يحميه القانون بل تعتبر كأنها أعمال نشأت عن التسامح والتساهل فيما بين الجيران بعضهم البعض . وهى على ذلك لا يصح أن تكون قابلة للتقادم كما يحصل فى الاصل بشأن حق المرور[2]

على أن القضاء الفرنسى عند ما قرر عدم جواز تملك حق المرور بالتقادم قد لاحظ ما يأتى :

١) انه لا يقضى به لمن يدعيه باعتباره حق ارتفاق مقرر على عقار الغير . انما يقضى به للمدعى اذا ادعى هذا الاخير ملكيته لقطعة الارض التى مر بها مدة التقادم المكسب . وعلى ذلك اذا تعرض له المالك الحقيقى جاز لصاحب حق المرور الاستعانة بدعاوى وضع اليد لا باعتبار حق المرور حق ارتفاق ، بل باعتباره حق ملكية منصب على قطعة الارض التى يحصل فيها المرور . وكذلك الحال بشأن حق أخذ المياه من منبع للغير[3]

٢) اذا استند مدعى حق الارتفاق على سند يبرر وضع يده أصبح من المستحيل القول مع وجود هذا السند بان أعمال الاستغلال التى قام بها المدعى هى نتيجة تساهل وتسامح الجار . ولذا يجوز للمدعى فى هذه الحالة الاستعانة

---

(١) action négatoire de servitude

(٢) د ، ٩٨ ، ١ ، ٢٤٧

(٣) د ، ٩٤ ، ١ ، ٣٩٣ ، — س ، ٩٨ ، ١ ، ٤٥٣ ومقال بونسيه Poncet ، — كابتان ص ٩٩٩

بدعاوى وضع اليد . ذلك لان السند يؤكد وضع اليد . وليس من الضرورى أن يكون كامل الاثبات فى ذاته عن الحق المدعى به بل يكفى أن تدل قرائنه المحيطة به على أن وضع اليد لم يكن فى حقيقة حيازة عرضية ، بل هو وضع يد حاصل بمقتضى سند[١]

٣) اذا كان حق الارتفاق المتقطع أو الخفى حقاً قانونياً أى قرره القانون نفسه كحق المرور فى حالة عدم وجود منفذ للطريق العام[٢]، جاز لصاحب حق المرور أن يستمين بدعاوى وضع اليد فى حماية يده على شرط أن يقيم الدليل على حالة عدم وجود منفذ لعقاره الى الطريق العام وهو الشرط اللازم لتملك حق المرور على أرض الجار الملاصق للطريق العام [٣] وحالة المدعى فى هذه الحالة كحالة المدعى فى الحالة السابقة التى يستند فيها الى سند مؤيد لحقه . وهذا السند المؤيد فى حالتنا هذه انما هو القانون ذاته[٤]

٤) انواع دعاوى وضع اليد

٦٧٦ — دعاوى وضع اليد على ثلاثة أنواع : دعوى منع التعرض [٥] رد الحيازة[٦] ودعوى ايقاف الاعمال الجديدة [٧]. ويصر رجال الفقه على القول بأنه لايوجد فى الحقيقة الا دعوى وضع يد واحدة بشروط واحدة برغم هذه التسمية الثلاثية . وهم يرجعون فى ذلك الى ما كان معروفاً عنها اذ كانت دعاوى وضع اليد فى القرن الرابع عشر واحدة[٨] ولم يقل بهذه الانواع الثلاثة لا قانون المرافعات ولا القانون المدنى الفرنسى ولا القانون المصرى مختلطاً كان أو أهلياً (المادة ٢٩/٢٦ مرافعات) انما قال بها القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ والقانون

(١) د ، ١٩١١ ، ١ ، ٦٣ . — س ، ١٩١١ ، ١ ، ٩٦ (٢) en cas d'enclave
(٣) د ، ١٩٠٧ ، ١ ، ٢٨٨ . — س ، ١٩٠٧ ، ١ ، ١٣٥ (٤) كابتان ص ١٠٠٠
(٥) complainte (٦) réinté grande
(٧) dénonciation de nouvel œuvre
(٨) انظر جارسونيه مع سيزاربرو الطبعة الثانية ج ١ ن ٣٤٩ ص ٥٨٤

الفرنسى الصادر فى ١٢ يوليو سنة ٩٠٥ . ويرى بعض رجال الفقه الحاضر ضرورة لاخذ بهذه الانواع المختلفة الدعوى وضع اليد وعلى الاخص فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ودعوى رد الحيازة وذلك نظراً للشروط المختلفة التى قررها القضاء لصحة كل دعوى على حدة من دعاوى وضع اليد . وأما عن دعوى منع الاعمال الجديدة فهى فى الغالب لا تخرج عن كونها صورة لدعوى منع التعرض [1]

٦٧٧ – دعوى منع التعرض وشروطها : هى الدعوى الاصلية الحقيقية لحماية وضع اليد . وهى التى يستعين بها صاحبها فى درء التعرض الحاصل له من قبل الغير . ولا يراد هنا بالتعرض الاعتداء بالقوة [2] أو دخول الغير فى أرض واضع اليد بلا اذن من هذا الاخير اما لقطع الاشجار أو لاخذ الاشجار أو لكسر الزجاج أو لغير ذلك ، وهو ذلك التعرض الذى يبيح لواضع اليد أو الحائز حق مطالبة خصمه بتعويض الضرر . انما يراد بالتعرض هنا ذلك التعرض الذى يحصل من قبل الغير ويدعى به هذا الاخير حقاً قانونياً على العقار [3] أى يدعى أنه صاحب اليد قبل خصمه الآخر . ويعرف ابرى ورو [4] هذا التعرض بما يأتى : « يراد بالتعرض كل فعل مادى [5] أو كل عمل قانونى [6] يكون فى ذاته أو ينصرف الى الادعاء بمدعى يخالف وضع يد الغير سواء كان الفعل أو العمل مباشراً وبنفسه أو بالواسطة وبالنتيجة » وعلى ذلك يعتبر أن هناك تعرضاً مادياً [7] اذا جاء الجار وفتح نافذة (شباكاً) على جاره . وتعرضاً قانونياً [8] اذا جاءت الحكومة أو المديرية وادعت أن طريقاً خاصاً يدخل ضمن الاملاك العامة [9] . وسواء كان التعرض مادياً أو قانونياً فان وقوعه يجيز لواضع اليد حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد فى دفعه ودرئه ، على شرط أن يكون هذا التعرض منصرفاً الى الادعاء بمدعى

---

(١) كابتان ص ١٠٠١ (٢) agression (٣) prétention juridique

(٤) ج ٢ ن ١٨٧ ص ٢٣١ الطبعة الخامسة (٥) fait matériel

(٦) acte juridique (٧) trouble de fait (٨) trouble de driot

(٩) د . ٩٠ ، ١ ، ٤٤٢ . — س ، ٩١ ، ١ : ١٢٥

يتعارض مع وضع اليد الحاضر [1]

دعوى منع التعرض : يلزم فى دعوى منع التعرض توافر الشروط الآتية:

أولا . — يجب على المدعى فيها أن يكون واضع اليد وأن لا يكون وضع يده مشوباً بعيب ما (المادة٢٦ / ٢٩ مرافعات و٢٣ فرنسى) أى يجب أن يكون بوجه الاجمال متصفاً بالصفات المنوه عنها بالمادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى. أن يكون مستمراً هادئاً سلمياً علنياً غير مبهم وأن لا يكون على سبيل الحيازة

ثانياً . — يجب أن يكون قد مضى على وضع اليد هذا سنة على الاقل .

وقد لاحظنا فى النظرية العامة لوضع اليد أن المادة ٢٦ فقرة ٣ مرافعات أهلى قررت ضرورة رفع دعوى منع التعرض عن التعرض الحاصل فى أثناء سنة وضع اليد . ولاحظنا أن المادة ٢٩ فقرة ٤ مرافعات مختلط أنها قررت كما قررت المادة ٧ مرافعـات فرنسى بأن دعوى منع التعرض تكون مقبولة الا اذا مضت مدة على وضع يد المدعى فيها تزيد عن سنة واستنتجنا من المادتين المصريتين الاهلى والمختلط بان غرض الشارع الاهلى ينصرف الى ما قرره الشارع المختلط ومن قبله الشارع الفرنسى . وعلى ذلك يجب فى واضع اليـد أن يكون قدمضت عليه أكثر من سنة حتى تقبل دعواه أمام القضاء الاهلى أيضا . والغرض الذى يرمى اليه الشارع من هذا القيد أنه لايرغب فى حماية وضع اليد دون السنة الكاملة . وعلى العكس من ذلك فى حالة التقادم المكسب فان واضع البد يبدأ تملكه بالتقادم بمجرد وضع يده على العقار

ثالثا — يجب على واضع اليـد أن يرفع دعوى منع التعرض فى ظرف السنة الاولى التى حصل فيها التعرض (المـادة ٢٦ / ٢٩ مرافعات و ٧ فرنسى والحالة الثانية من قانون ١٢ يوبيو سنة ٩٠٥ الفرنسى) وذلك لانه اذا تحمل واضع اليد تعرض الغير له مدة سـنة دون أن يحرك ساكناً فى مقاضاته أمام القضاء ، دل ذلك على أن ثقته بحقه ثقة مضطربة . وعلى ذلك لا محل وقتئذ لحماية يده

(١) د ٩٦٦ ، ١ ، ٥٥٠ . — كابيتان ص ١٠٠١

ومما مر يتبين بأن هناك طائفتين هامتين من واضعى اليد لا يحميهما القانون بدعوى منع التعرض : طائفة الاشخاص الذين لم تمض على يدهم سنة كاملة . وطائفة الحائزين باسم الغير [١]

٦٧٨ — دعوى ايقاف الاعمال : ولا بد من الشروط المتقدمة فى دعوى منع التعرض أن تتوافر أيضاً فى دعوى ايقاف الاعمال الجديدة . ذلك لان هذه الدعوى الاخيرة وهى كما قلنا صورة من دعوى منع التعرض انما ترمى الى تعرض محتمل وقوعه[٢] من جراء الاعمال التى يجريها الآن الجار المتعرض . ويراد بهذه الدعوى ايقاف اتمام هذه الاعمال حتى لا يتحقق التعرض المحتمل . فاذا تقرر لزيد حق ارتفاق باحداث نافذة (شباك) على عقار جاره خالد وجاء هذا الاخير وأخذ يبنى حائطا بما يحتمل أن تستر النافذة اذا تم البناء ، جاز وقتئذ لزيد أن يطلب الى القضاء ايقاف الاعمال التى ابتدأ خالد فى اجرائها [٣]

٦٧٩ — فى دعوى رد الحيازة : انما شرعت دعوى رد الحيازة جزاء لصنوف التعرض الناشئة عن أعمال الاكراه [٤] والتى كان من شأنها هدم وضع اليد ورفع اليد عن العقار . ولما كانت هذه الاعمال العدائية من الشدة الخاصة بمكان رأى الشارع أن يقرر لحماية واضع اليد ازاءها دعوى رد الحيازة بحيث يستطيع صاحب اليد رد عقاره الى حيازته بشروط أوسع من شروط دعوى منع التعرض ودعوى ايقاف الاعمال او أقل كلفة ودقة منهما

وهنا عمل القضاء الفرنسى على تقرير قواعد هذه الدعوى بطريقة يحمد عليها . وان كان الفقه الفرنسى يقرر بان دعوى رد الحيازة لم تخرج عن كونها صورة لدعوى منع التعرض ، الا أن هذا القضاء الفرنسى اعتبر دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة فى ذاتها باركان خاصة بها . وأباحها القضاء لكل حائز [٥] لعقار

---

(١) détenteurs précaires — (٢) trouble éventuel

(٣) كابتان ص ١٠٠٢ — (٤) actes de violence — (٥) détenteur

حتى ولو كانت حيـازته نيابية عن الغير [١] كالمستأجر للبيت أو المستأجر للارض الزراعية [٢]

وفوق ذلك فانه لا يشترط فى دعوى رد الحيازة أن تكون قد مضت على يد الحائز سـنة كما فى حالة دعوى منع التعرض ، كما لا يشترط أن تكون اليد مستمرة [٣] وكل ما يشترط فى هذه الدعوى لا يخرج عن شرط الحيازة السلمية والعلنية . ويرجع ذلك كله الى أن الشارع لا يرغب فى حماية من يغتصب العقار بالاكراه من يد الحائز له ولا فى حماية من يعمل على التعمية على الغير وفى اخفاء يده عن أعين أصحاب المصلحة فى العقار

وبناء على هـذه القاعدة رأى القضاء الفرنسى بحق ضرورة حماية الشركات أو الاشخاص أصحاب الامتياز فى المنافع العامة [٤] وأباح لهم كما رأينا حق الاستعانة بدعوى رد الحيازة ضد الادارة نفسها [٥] اذا عملت هذه الاخيرة على نزع العقارات من الشركات بالقوة [٦]

٦٨٠ — ولقد اشتدت وطأة أهل النقد على قضاء المحاكم الفرنسية هذا . على أن القضاء الفرنسى يستند فى تقرير مبدئه الى مناقشة النصوص القـانونية بما جعله يستنتج فى النهاية بان دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة عن بقيـة دعاوى وضع اليد . ورجع على الاخص الى اعتبارات اجتماعية قاطعة . اذ قرر « بأنه يجب حماية وضع اليد ، حتى ولو كان ناقصاً ، ضد أى اعتداء . ذلك لأن القانون يقضى قبل

(١) titre précaire (٢) د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٤٧ . — س ، ١٩٠٥ ، ١ ، ٩٣
(٣) د ، ٧٨ ، ١ ، ٦٨ . — س ، ٧٦ ، ١ ، ٢٦٦ (٤) concessionnaire du domaine public (٥) Administration (٦) vive force كابتان ص ١٠٠٢ . — انظر فيما يتعلق بحق المالك بفرنسا فى رفع الدعوى بسبب قرار التنظيم الصادر من المجلس البلدى arrêt municipal d'alignement د ، ٩٨ ، ١ ، ٣٤٥ ومقال جينيه Guénée اما فى مصر فلا يجوز طبقا للمادة ٢٥ / ١١ من لائحة انشا المحاكم الاهلية والمختلطة رفع هذه الدعوى فى حالة صدور قرار التنظيم ما دام ان هذا القرار يعتبر عملا من اعمال الادارة acte d'administration لا يجوز ايقافه ، بل يجوز فقط المطالبة بتعويض عنه

كل شىء بتقرير جزاءات للاعتداءات[1] . أما الفقه الفرنسى فانه لم ير بداً من توجيه أوجه النقد العديدة الى مذهب القضاء الفرنسى . وكان أكبر حجة الفقه فى نقد القضاء أن هـذا الاخير قرر مبدأ خالف به التواتر والرأى القديم المأخوذ به من زمن طويل . على أن القضاء الفرنسى الحاضر لم ير مندوحة فى تقرير مذهبه العصرى الا لأنه لاحظ أن ماقال به التواتر والاجماع من زمن كان ظالما وبعيداً عن روح العدالة فى عدم حماية الحائزين لعقارات الغير الذين لا يملكون لا نفسهم بل لغيرهم[2] . لذا عمل القضاء على معالجة هذا المبدأ التشريعى القديم وتهذيبه وجعله بحيث يتفق والعدالة ويرتفع عن منازل الحيف ومواطن الظلم ، وأخذ فيه بالروح العصرى الحـاضر وما قرره بعض القوانين الحديثة . هذا ولاشك فى أن القضاء الفرنسى لم ينتهج هذا المنهج الجديد فى قضائه من حماية وضع اليـد مهما كان كيانه الا وهو مدفوع بما أملته عليه شؤون الحياة الجديدة وما تدعو اليـه ضرورة الأخذ بالعدالة . نعم لقد كان الفقه الفرنسى على حق عند ما قرر بأنه لا محل للأخذ بدعوى رد الحيازة فى الدعاوى التى تتوافر فيها شروط دعوى منع التعرض . اذ قال بحق « بأن الاسباب التى استند اليها فى اعفاء المدعى فى دعوى رد الحيازة من شرط وضع اليد سنة ومن شرط نية التملك عنـد صاحب اليد يمكن الاستناد اليها أيضاً فى دعوى منع التعرض . ذلك لان التعرض فى ذاته أمر مخالف للنظام العام لا يختلف عن نزع اليد عن صاحب اليد »[3] ولكن القضاء الفرنسى لم يشأ أن يذهب بعيداً حتى لا يتعارض مع النص الصريح للمادة ٢٣ مرافعات فرنسى (المقابلة للمادة ٢٦ فقرة ٣ / ٢٩ فقرة ٤ مرافعـات مصرى) التى لم تبح تقرير دعاوى وضع اليـد الا لمن مضت عليه سنة على الأقل وكانت

---

(١) spoliatus ante omnia restituendus كابتان ص ١٠٠٣

(٢) animus domini   (٣) جارسونيه مع سيزاربرو ، ج ١ ن ٣٦٨ ص ٦٦٣ الطبعة الثانية

يذه هو أو يد خلفائه يداً هادئة ولم تكن باسم الغير وعلى حساب الغير [١] لذا عمل القضاء الفرنسى ، حتى يفلت من مضايقة النص الصريح أمامه ، على أن يتلمس أسبابا بعيدة عن عبارات النص حتى اضطر الى أن يقرر بأن دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة عن بقية دعاوى وضع اليد وانها ان سميت بدعوى وضع اليد فليس ذلك الا من قبيل التوسع فى التعبير [٢] . هذا ويقول ابرى ورو [٣] بانه « وان لوحظ فى دعوى رد الحيازة حماية اليد القائمة وتأمينها على العقار ، انما يلاحظ فيها على الاكثر ضرورة اصلاح ما أحدثه الفعل غير المشروع وهو غصب المعتدى لليد القائمة من طريق الاعتداء بالقوة » ولهذه الاعتبارات يمكن اعتبار دعوى رد الحيازة خارجة عن حيز دعاوى وضع اليد الحقيقية . ولقد ذهب بعضهم الى القول بأن نفى عنها صفة الدعوى العينية وقرر بأنها دعوى شخصية يراد بها اصلاح الضرر الذى وقع من طريق الاعتداء بالقوة . ولكن القضاء الفرنسى لم يشأ أن يذهب فى طريق تقرير مذهبه هذا ، المذهب الواسع الاخير ، بل قرر بأن دعوى رد الحيازة ربما كانت هى دعوى وضع اليد الحقيقية الصحيحة [٤]

فى اثبات الملكية

بوجه خاص والحقوق العينية بوجه عام

١) كلمات عامة

٦٨١ — ان الحاجة ماسة الى ضرورة التعرف على أحكام اثبات الملكية والحقوق العينية ، ليس فقط فى حالة دعوى تثبيت الملكية بل فى أى دعوى أخرى يكون فيها المالك فى حاجة الى اثبات ملكه كما اذا طلب الحكم له بتعويض مثلا نظير الاضرار التى أصابت ملكه

(١) à titre non grécaire (يلاحظ أن عبارة وضع اليد باسم الغير لم ترد بالنص المصرى الاهلى والمختلط) (٢) latissimo sensu (٣) ج ٢ ص ٢٤٩ (٤) كابتان ص ١٠٠٣

ومما يحصل التساؤل فيه ما اذا كانت الاحكام العامة للاثبات المقررة بالمواد ٢١٤ / ٢٧٨ مدنى وما بعدها و١٣١٥ فرنسى وما بعدها تسرى هنا أيضاً أم لا. ويظهر أن رأى القضاء ينصرف الى عدم الاخذ بها . وليس السبب فى ذلك كما يتبادر الى الذهن هو أن هذه المواد انما وردت بباب خاص بالالتزامات تحت عنوان « فى اثبات الديون واثبات التخلص منهـا » لان الحقيقة أن الاحكام المقررة بهذه الموادتنصرف فى آن واحد الى اثبات العقود والافعال القانونية [1] بوجه عام . وعلى ذلك يمكن القول بان أدلة الاثبات التى يستعان بها فى كل حالة من الاحوال يجب أن يرجع فيها الى المصدر القانونى الذى تولد عنه حق الملكية المتنازع بشأنه . فاذا قيل بان حق الملكية مستفاد من عملية قانونية [2] كالبيع والبدل والقسمة والهبة وجب فى هذه الحالة على المدعى فى الاصل أن يقدم عقداً كتابياً خاضعاً لاحكام الماده ٢١٥ / ٢٧٩ مدنى وما بعدها و ١٣٤١ فرنسى وما بعدها فيما يتعلق بنصاب الاثبات بالكتابة والشهادة والقرينة

وأما اذا قيل بان الملكية مستفادة من مجرد فعل [3] كوضع اليد الطويل جازت الاستعانة فى هذه الحالة بجميع أدلة الاثبات الممكنة بما فيها القرائن البسيطة وشهادة الشهود (المادة ٢١٥/٢٨٠ مدنى و ١٣٤٨ فرنسى) وذلك أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢١٥ المذكورة فى أنه يجوز الاثبات بجميع أوجه الادلة اذا استحال على المدعى الحصول على سند بحقه

على أن الحقيقة فى ذلك كله ترجع الى القول بانه اذا حصل الادعاء بحق الملكية استناداً الى عملية قانونية وجب على ما يظهر عدم الاخذ بالقواعد المستفادة من الاحكام العامة . وستتبين حالا حكمة ذلك . وسيبين لنا من استقراء قضاء المحاكم فى اثبات الملكية ان القضاء اختط مذهباً خاصاً بذلك ليس من السهل ربطه بالقانون المدنى البحت

---

(١) faits juridiques (٢) acte juridique (٣) simple fait

على أنه يجب فى جميع الاحوال الاخذ بالحكم العام المقرر بالمادة ٢١٤ / ٢٧٨ مدنى و ١٣١٥ فرنسى . وترمى هـذه المادة الى القول بان عبء الاثبات على عاتق من يدعى حالة تخالف الحالة الواقعة . وعلى ذلك لايلزم واضع اليد الحاضر المطالب برد العقار لمدعيه أن يثبت شيئاً ما . وما عليه الا أن يتربص الاثبات من جانب خصمه فيعمل هو من جانبه على نفيه . أى أنه لا يعمـل فى دائرة التقاضى الا بقدر ما يدلى به خصمه من الادلة . اذ الحالة الواقعة فى جانبه . ولذا يعمل القـانون على حمايته فيما لو تعرض ليده على العقار متعرض فيبيح له منع التعرض ورد العقار لحيازته اذا اغتصبه منه غاصب . ولكن لا تدوم يده طويلا فيما اذا ادعى المتعرض الملكية ورفع دعوى باثباتها . وكل ما لواضع اليد انما هو التزام السكوت وترك عبء الاثبات على خصمه

٢) فى اثبات ملكية المنقول

٦٨٢ — لاصعوبة هنا من الوجهة النظرية والعملية فى تقرير قاعدة الاثبات فى ملكية المنقول . لان القاعدة المقررة بالمادة ٦٠٧/٧٣٣ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى فى « أن حيازة المنقول سند تمليكه » تحول دون خلق أى صعوبة ما . وحسن النية مفروض وجوده لدى حائز المنقول حتى يقوم الدليل العكسى (المادة ٧٠٨ . ٧٣٤ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى) . ويجب على من يدعى ملكيته لمنقول فى حيازة الغير أن يقيم الدليل على سوء نية الحائز أو أن شروط صحـة الحيازة المملكة لم تكن متوافرة . فاذا أقام الدليل على ذلك فلا يبقى عليه الا أن يثبت بأنه هو الذى كان حائزاً للمنقول قبل حيازة خصمه له . وفى اقامته الدليـل لحيازته للمنقول قبـل حيازة خصمه دليل معنى الزامه باقامة الادلة على ملكيته للمنقول، ما دام أن مجرد وضع اليد على المنقول امارة على تملكه، وحسن النية مفترض فى الحائز . أى ان الحيازة تعتبر فى مقابل سند التمليك [1]

---

(1) équivalent d'un titre

هذا ويتلاحظ أن لمدعى الملكية فى المنقول الموجود فى حيازة الغير الحق فى استرداده على شرط دفع الثمن الذى اشتراه به الحائز من سوق عام أو من تاجر يتاجر فى هذا الصنف ، وذلك فى مدة ثلاث سنوات (المواد ٨٦/ ١١٥ مدنى و ٨٧/١١٦ مدنى و ٢٢٨٠ فرنسى و ٤٦/٦٩ مدنى) وربما يكون للحائز هنا حق الحبس حتى يتقاضى الثمن

٣) فى اثبات الملكية العقارية

٦٨٣ — فى اثبات الملكية العقارية صعوبات نظرية وعملية قد لا يسهل رفعها . وعلى من يدعى الملكية اثباتها ، أى اثبات المصدر الذى استقى منه حق الملكية . وفى غير حالة الاستيلاء[1] لا يخرج المدعى عن واحد من فرضين :

اما أن المالك قد تلقى حقه من القانون نفسه بناء على ما ينص به القانون عند توافر ظروف خاصة ، كحالة وضع اليد المستمر . اذ ينص القانون نفسه فى هذه الحالة على جواز تملك واضع اليد للعقار الموجود تحت يده . واما أن يدعى المالك أن له حقاً مستفاداً من عقد ارادى ، كالبيع والهبة والبدل وغير ذلك ، وأن هذا العقد هو الذى ملكه

فاذا استطاع مدعى الملكيه فى حالة وضع اليد اثبات يده بنفسه وبواسطة مملكيه من قبل المدة القانونية ، وله الاستعانة فى هذا الاثبات بجميع أوجه الاثبات الممكنة طبقاً للقاعدة العامة المستفادة من المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى و ١٣٤٨ فرنسى ، فلا محل هنا لأى اشكال ما . اذ لا يلزم وقتئذ بتقديم سند يدل على تمليكه وذلك لأن اثبات حقه حجة على الكافة . وهنا تتجلى الفائدة الاولى للتملك بالتقادم وهى الفائدة التى أشرنا اليها فى مكانها . على أنه يلاحظ فى هذه الحالة أن العمل دل بأن ليس اثبات وضع اليد الموصل للتملك بالتقادم من السهولة الى هذا الحد . فاذا ادعى المدعى الملكية واستند الى عقد مضى

(١) occupation

عليه أكثر من ١٥ سنة سهل الأمر لديه . ولكن اذا لم يستند الى عقد مملك فانه يصعب عليه وقتئذ اثبات وضع يده المدة الطويلة المكسبة سواء كان وضع اليد بنفسه أو بواسطة مملكيه من قبل . على أنه اذا فرض وأقام الدليل على وضع يده المدة الطويلة المكسبة فان خصمه لا يعدم فى الغالب وسيلة يستعين بها فى اثبات أمر من شأنه ايقاف التقادم على مدعى الملكية وفى مصلحة المدعى عليه أو فى مصلحة أحد المملكين لهذا المدعى عليه . وما دام قد استحال فى هذه الحالة على مدعى الملكية اقامة الدليل على التملك بالتقادم بواسطة وضع اليد الطويل بلا قطع ولا ايقاف ، فانه يصبح فى حاجة هذه المرة الى اثبات ملكيته بالعقود والاوراق المملكة. ولكن اذا التجأ لهذه الطريقة اعترضته صعوبتان من المستحيل حلهما من الوجهة النظرية على الاقل :

أولا — اذا فرض وقدم مدعى الملكية عقد البيع أو عقد الهبة المملك له فان ذلك لا يكفى فى اثبات ملكيته . لان هذا العقد لا يعتبر فى ذاته مملكا الا اذا كان صادراً من مملك كان هو المالك الحقيقى . وعلى ذلك يجب على مدعى الملكيه اثبات ملكية مملكه للعقار المتنازع فيه ، أى تقديم عقد البيع أو عقد الهبة الذى تملك به مملكه ، وهكذا بشأن المملكين السابقين . وفى هذا ما فيه من الصعوبة ما لا يخفى

ثانياً — وهنا الخطورة تشتد أكثر فأكثر . فاذا جاء بكر وادعى الملكية ضد خالد واضع اليد على العقار وقدم بكر العقد المملك له والصادر له عن ابراهيم فهل ينفذ هذا العقد على خالد ؟ اذا رجع الى القواعد العامة المقررة فى العقود جاز لخالد أن يدفع دعوى بكر بانه لا يطعن فى هذا العقد، انما يقول بأنه لا يصح أن يكون حجة عليه ، لانه صدر بين بكر وابراهيم ولم يكن بكر طرفاً فيه ، وعلى ذلك فالعقد حجة على بكر وابراهيم ، دون خالد ، أخذاً بالقاعدة العامة فى حصر أثر العقد بين العاقدين [1] أى أن العقد لا يضر بخالد مطلقاً . ولبكر حق

(١) res inter alios acta

الاحتجاج بالعقد على ابراهيم ، ولكن ليس له حق الاحتجاج به على خالد

وهذه الطريقة فى الدفاع بين المتنازعين فى عقار واحد انما ترجع الى القاعدة العامة المقررة فى نقل الملكية بين المتعاقدين بحكم العقد وارادة العاقدين فيه دون تدخل السلطة العامة فى تقرير نقلها [1] فى حالة الاخذ بالسجلات العقارية

على أن القضاء (الفرنسى) لم يجد صعوبة فى معالجة هذه القاعدة المتقدمة ولم يشأ الاخذ بها بل قرر بوجه عام بأن عقود نقل الحقوق العينية نافذة على الكافة ، أى حجة على جميع الناس [2] وحجته فى ذلك بانه ما دام الحق العينى مطلقاً وحجة على الكافة فيجب أن يكون العقد المثبت له كذلك حجة على جميع الناس [3]

ولكن رجال الفقه الحاضر يلاحظون على هذا القضاء [4] بأن هذا المذهب قد خلط بين الحق المنتقل [5] والعقد الناقل [6]. ذلك لانه وان كان حق الملكية نافذاً بحق على الكافة ولكن يجب قبل كل شىء ان يوجد هذا الحق أولا حتى يكون نافذاً . فاذا استفيد وجود هذا الحق من عقد غير نافذ على واضع اليد الحاضر، فان هذا الحق لا يعتبر موجوداً ازاء هذا الاخير . وعلى ذلك يرى رجال الفقه ضرورة الاستعانة بوسائل أخرى لحل هذه المشكلة

٤) فى نقل الملكية من الوجهة التاريخية

فى نقل الملكية الرومانية

٦٨٤ — لعبت نظرية نقل الملكية عند الرومان [7] دوراً نرى من اللازم ايجاز القول فيها هنا نظرا لرابطة الاتصال بينها وبين النظرية الحاضرة فى نقل الحقوق العقارية

(١) investiture publique (٢) د ، ٦٤ ، ١ ، ٤١٢ . — د ١٩٠٠ ، ١ ، ٢٥٠ (٣) erga omnes (٤) كابتان ص ١٠٠٧ (٥) droit transmis (٦) acte translatif (٧) la publicienne

كان يحصل نقل الملكية الرومانية البحت [١] عند الرومان فى العهد القديم للقانون الرومانى باحدى الطريقتين الآتيتين . طريقة نقل ملكية الاشياء النفيسة[٢] وطريقة نقل الملكية بواسطة التقاضى والتنازل عنها فى حضرة القضاء[٣] واذا حصل تبايع بسيط وكان مصحوبا بمناولة المبيع يدآ بيد [٤] أصبح هذا المبيع بمجرد المناولة اليدوية جزءاً من ممتلكات المشترى[٥] ولا يترتب على هذه المناولة اليدوية أن يكتسب المشترى الملكية بالمعنى الصحيح ، أى يصبح مالكا للمبيع . انما يصبح هذا المشترى فى حل من أن يدفع دعوى البائع الموجهة قبله من هذا الاخير بالدفع المسمى « بدفع الشىء المبيع والمستلم بالمناولة اليدوية »[٦] وأما قبل الغير فان المشترى كان يستعين بالوسائل المقررة فى حماية واضعى اليد[٧] ولكن ما القول فيما اذا ارتفعت يده عن الشىء قبل الاستعانة بوسائل حماية وضع اليد وقبل أن يملك بالتقادم ؟ من المقرر أنه ما كان ليستطيع الاستعانة بدعوى تثبيت الملكية واسترداد الشىء[٨] اذ كانت هذه الدعوى وقفاً على المالك الحقيقى[٩] دون غيره . لذا تدخل القاضى الرومانى البريتور[١٠] المسمى بو بليسيوس[١١] وقرر له دعوى رومانية خاصة[١٢] وسميت باسمه[١٣] وكانت تسمى أيضاً بالبو بليسيين[١٤] وهى من الدعاوى الصورية[١٥]. وكان القاضى[١٦] عند ما يحرر صحيفة النزاع بين المتنازعين[١٧] يفترض من طريق المجاز والصورية[١٨] ان المدعى قد تملك الشىء بالتقادم[١٩] على أن هذه الدعوى كانت خاضعة لشروط ضرورية لا بد من توافرها فى شخص المدعى، وهى شرط السبب الصحيح وشرط حسن النية الخاص بالتقادم وهو شرط مضى المدة القانونية فان القاضى المحضر للدعوى كان يفترض توافر وجودها أى كان يفترض أن المدعى قد ملك بالتقادم

(١) propriété quiritaire (٢) mancipatio (٣) in jure cessio
(٤) tradition (٥) in bonis (٦) rei venditae et traditae
(٧) interdits possessoires (٨) revendication (٩) dominus
(١٠) Preteur (١١) Publicius (١٢) action prétorienne
(١٣) la publicienne (١٤) vendicatio utilis (١٥) action fictice
(١٦) préteur (١٧) formule (١٨) feint (١٩) usucapion

ولما تقادم العهد على الاخذ بنظرية الملكية الرومانية الصورية هذه أخذت هى الاخرى كـكل نظرية من النظريات الاجتماعية تدخل فى أدوار جديدة حتى أصبحت فى ثوبها الجديد قريبة من دعوى تثبيت الملكيـة المقررة فى العصور الحاضرة . ولم يحصل ذلك الا بعد زوال التفرقة القديمة التى كانت معروفة عند الرومان بين الملكية الرومانيـة البحت[١] ومجرد اعتبار الشىء فى ملك الحائز له[٢] . ويرجع ذلك الى شيوع انتقال الملكية بواسطة المناولة اليـدوية[٣] اذ أصبحت الوسيلة العادية العامة لاكتساب الحقوق العينية . ولكن لا تحدث وسيلة المناولة اليدوية أثرها فى نقل الحقوق العينية الا على شرط أن يكون الشخص الصادر منه التسليم هو المالك الحقيقى[٤] وفيما عدا الحالة الخاصة بانتقال الملكية عن شىء مملوك لخزينة الحكومة[٥] . كان من الواجب على المشترى الذى يريد اثبات ملكيته أن يقيم الدليل على ملكية المملك له[٦] . وهنا شعر الرومان بما شعر به العصريون فى الوقت الحاضر من صعوبة اثبات ذلك . لذا عمل الرومان على معالجة هذه المشكلة باحدى الصور التطبيقية لدعوى الملكية الصورية[٧] وذلك بالرجوع اما الى توسيع دائرة العمل بالمنشور الذى أصـدره القاضى[٨] الرومانى المذكور[٩] أو الاخذ بمنشور جديد خلاف هـذا المنشور. وبناء على ذلك كان يفترض المشترى الذى استلم الشىء من المناول له[١٠] انه قد أصبح مالكا بالتقادم ، وذلك اذا استحال على هذا المشترى اثبات ملكية المملك له[١١] . اذا علم ذلك استطاع المشترى وقتئذ طلب تثبيت الملكية ورد الشىء اليـه فيما اذا غصبه منه غاصب

٨٦٥ — على أنه قد لوحظ على ذلك حالتان من الدقة والحيرة بمكان :

(١) propriété quiritaire (٢) propriété bonitaire (٣) tradition
(٤) verus dominus (٥) Fisc (٦) dominium auctoris
(٧) publicienne (٨) Priblicius (٩) Edit de Publicius
(١٠) tradens (١١) dominium

الحالة الاولى : يحصل أن يكون المدعى عليه فى دعوى تثبيت الملكية هو نفس المالك الحقيقى للشىء [١] . وفى هذه الحالة تتعطل دعوى تثبيت الملكية بالدفع الخاص بالمالك الحقيقى [٢]

الحالة الثانية : يحصل أن يكون المدعى عليه سائراً فى طريق التملك بالتقادم [٣] أى أن يكون هو الآخر فى حل من الاستعانة بدعوى الملكية الصورية [٤] . وفى هذه الحالة ما هو المبرر فى تفضيل الواحد على الآخر ؟ وهنا شعر الرومان بأنهم أمام اشكال حاصل بين اثنين من واضعى اليد . ولقد توصلوا الى حله بطريقة مقارنة اليدين [٥] اليد السابقة واليد الحاضرة

وتكون الافضلية للمدعى اذا تبين بأن وضع يده أفضل [٦] من وضع يد المدعى عليه وأن يده تؤيد من طريق الاحتمال حقه . ويقع ذلك اذا أثبت وجود سبب صحيح وحسن نية فى الوقت الذى يستحيل فيه على المدعى اقامة الدليل على هذين الشرطين . أو كان كل من المتخاصمين قد تملك عن مالك واحد وأثبت المدعى أن وضع يده أقدم من وضع يد خصمه . وأما اذا تملك المتخاصمان من مالكين مختلفين فيظهر أنه لو استطاع المدعى عليه اثبات وجود سبب صحيح وحسن نية لكان فى حل وقتئذ من دفع دعوى المدعى قبله بدعوى الملكية الصورية [٧] ، أى يدفع دعوى تثبيت الملكية بدفع الملكية الصورية . وعلى ذلك يظل واضعاً يده على الشىء المتنازع عليه

هذا ومن المحتمل كثيراً أن دعوى الملكية الصورية فى العهد الاخير للقانون الرومانى ، ان لم تكن قد امتزجت كل الامتزاج مع دعوى تثبيت الملكية الصحيحة [٨] كما يدعيه البعض ، فانها قد قضت على هذه الدعوى الاخيرة

(١) verus dominus
(٢) justi domini
(٣) causa usucapiendi
(٢) fiction publicienne
(٥) en comparantees possessions
(٦) possession meilleure
(٧) exception publicienne
(٨) reventication

وأصبحت هى المعمول بها دون الاخرى . وذلك يرجع الى مبلغ ما عرفت به هذه الدعوى دعوى الملكية الصورية من سهولة التقاضى ومن اعفاء المدعى فى كثير من الاحوال من عبء اثبات الملكية وهو عبء ثقيل كما هو معروف فى كل عصر [١]

هذا وقد استعان الفرنسيون فى عهد قانونهم القديم بدعوى الملكية الصورية وسماها علماء ذلك الوقت بالدعوى العينية النافعة [٢] وهذه الدعوى هى بخلاف الدعوى المسماة لدعوى العينية المباشرة [٣] وهى الدعوى الخاصة بالحالة العكسية للحالة السابقة ، أى خاصة بحالة ما اذا استطاع اثبات ملكية مملكه [٤]

٥) القضاء الحاضر

فى دعوى تثبيت الملكية

٦٨٦ — على كثرة الآراء التى قررها القضاء فى هذا الشأن يمكن مع ذلك تلخيصها فى الاحوال الثلاثة الآتية :

٦٨٧ — الحالة الاولى : اذا فرض وكان بكر واضعاً يده على عقار بلا عقد تحت يده . ثم جاء خالد وادعى ملكيته للعقار دون أن يكون بيده عقد تمليك من المالك السابق . اذا حصل ذلك وجب رفض دعوى خالد بلا شبهة أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٣١٥ مدنى فرنسى وأخذا بالقاعدة الرومانية القائلة « اذا تساوى الخصمان فى الادلة وجب تفضيل واضع اليد [٥] . ولكن القضاء الفرنسى يقضى مع ذلك للمدعى بالملكية اذا اثبت هـذا المدعى وضع يده على العقار قبل وضع يد المدعى عليه الحاضر وأقدميته عليه وعلى شرط أن يثبت أن يده

(١) جيرار فى القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٣٥٧ وما بعدها

(٢) action in rem utilits (٣) in rem directa

(٤) dominum auctoris — كابتان ص ١٠٠٨ نقلا عن بوتييه فى الملكية ن ٢٢٣

(٥) in pari causa melior est possidentes ج ٤ ١ ص ٣١٢ ن ٣٣٤١

على العقار كانت أكثر ظهوراً وأوفر مادة[١] ولعل القضاء الفرنسى يريد من شرط كثرة الظهور ووفرة الامارات فى وضع يد المدعى أن تكون شروط وضع اليد المملك بالتقادم متوافرة لديه دون المدعى عليه . كأن يثبت بأن يد هذا الاخير لم تكن سلمية ولا مستمرة ولا بصفة مالك ، وهى الشروط المقررة بالمادة ٨٦ / ١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى . أو لعل القضاء الفرنسى يشير أيضاً بعبارته السابقة الى أنه فى حالة تساوى المدعى والمدعى عليه فى توافر الشروط اللازمة للتملك بالتقادم ، فان المدعى يمتاز على خصمه فى أن يكون لديه عقد مملك ولو لم يثبت صدور هذا العقد من المالك الحقيقى[٢] ، وذلك فى الوقت الذى لم يستطع فيه واضع اليد الحاضر ، وهو المدعى عليه ، تقديم عقد مملك له . وربما انصرفت أخيراً عبارة القضاء الفرنسى الى البيانات المبينة بمصلحة فك الزمام[٣] بمعنى أن من أشير الى اسمه بسجلات فك الزمام فضل على خصمه الذى لم يرد له بيان ما بهذه السجلات . واذا تبين أن المدعى قد سبق له وضع اليد على العقار المتنازع فيه ولكن مع ذلك لم تتميز يده على يد المدعى عليه الحاضر ولا يوجد بالدعوى ما يشير الى ضرورة تفضيل يد هذا المدعى على يد المدعى عليه ، وجب رفض دعوى المدعى فى هذه الحالة[٤]

هذه هى الحالة الاولى وهى بلاشبهة حالة تحكى تماماً حالة الملكية الرومانية[٥] عند الرومان[٦]

---

(١) mieux caractérisée د ، ٨٤ ، ١ ، ٣١٤ . — س ، ٨٤ ، ١ ، ١٥٢ . — د ، ٩٢ ، ١ ، ٥١٢ . — س ، ٩٢ ، ١ ، ٢٤ ويقضى القضاء المصرى بأنه اذا ظلت الحيازة المادية بيد شخص أكثر من المدة اللازمة للتقادم وتعرف الحائز فى العقار تعرف المالك اعتبرت يده قبل مدعى الملكية يد حائز غير عرضى ، وذلك حتى يقوم الدليل العكس من قبل خصمه — ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٥

(٢) verus dominus — د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٠٢

(٣) د ، ٩٣ ، ٢ ، ٩٠ . — س ، ٩٣ ، ٢ ، ٢٢١

(٤) د ، ٦٠ ، ١ ، ٤٠ ، ٧ . — س ، ٦٠ ، ١ ، ٣٤٠

(٥) la publicienne

(٦) كابتان ص ١٠٠٨ — ١٠٠٩

٦٨٨ — الحالة الثانية : اذا فرض وكان بكر واضعاً يده الآن على العقار ثم جاء خالد وادعى ملكيته للعقار ولم يستطع اقامة الدليل على سبق وضع يده على العقار وعلى أقدمية يده على يد خصمه ، ولكنه مع ذلك قدم عقداً [١] يثبت أن العقار بيع اليه أو وهب اليه ، أو أن البيع أو الهبة كانا للمملك له ، وأن ذلك حصل قبل أن يضع المدعى عليه يده على العقار . اذا حصل ذلك يظهر أنه لامحل للقول بضرورة عمل مقارنة بين اثنين من واضعى اليد . ولذا كان تردد القضاء الفرنسى فى حل هذه المشكلة ترددا معروفا . وانتهى به الامر سنة ١٨٦٤ بأن أخذ يقرر بانه ما دام المدعى قد قدم سنداً دالا على ملكيته فمن الواجب الحكم له [٢] هذا ويجب أن يلاحظ هنا بانه يشترط فى ذلك السند أن لا يكون من عمل المدعى نفسه كأن تكون الحكومة هى المدعية وأن تقدم بملف الدعوى رسم التنظيم [٣] والرسم من عملها [٤] أو أن تقدم كشفاً محرراً بمعرفتها عن زوائد المساحة [٥] باعتبار هذه الزوائد ملكا لها [٦] ولكن اذا تبين بأن السند المذكور صادراً من الغير ولم يستطع المدعى عليه اقامة الدليل على أسبقية يده واقدميتها على هذا السند وجب الحكم للمدعى . وليس للمدعى عليه فى هذه الحالة حق الاعتراض على ذلك فى أنه لم يكن طرفاً فى العقد المقدم من المدعى والمملك لهذا الاخير [٧] ويستند هذا القضاء الفرنسى فى مذهبه هذا الى جملة أدلة مختلفة ومتساوية من حيث الاثر فى التدليل . وأيد مذهبه بالرجوع الى مبدأ صفة الاطلاق فى الحقوق العينية ، وقد راعى فى ذلك على الاكثر الضرورة العملية التى تحتم الأخذ بجعل الحقوق العينية مطلقة أى حجة على الكافة . ولاحظ أن الملكية تصبح مضطربة

---

(١) titre (٢) ٦٤ ، ١ ، ١ ، ٤١٢ . — س ، ٦٤ ، ١ ، ٣٤٩ . — د ، ٩٥ ، ١ ، ١٥٢ (٣) plan d'alignement (٤) د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٨٣

(٥) excédent d'arpentage (٦) ج ع ٢ س ٣١٢ ن ٣٣٥٠ .

(٧) د ، ٩٠١ ، ١ ، ٤٤٩ . — س ، ٩٠٥ ، ١ ، ٥٠٩ . — د ، ٩٠٥ ، ١ ، ٨ . — س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٣٩١ . — د ، ٩٠٧ ، ٢ ، ٩٣ . — د ، ١ ، ٩٠٧ ، ١٢٥ . — كابتان س ١٠٠٩ .

ومزعزعة اذا قيل بقصر نفاذ العقود المملكة على عاقديها دون الكافة. وذلك لانه لما كان من المستحيل اشراك أفراد الكافة مع هؤلاء العاقدين فى العقود المملكة لعدم وجود مصلحة ظاهرة لهؤلاء الافراد فى تلك العقود ، فانه يصبح من المستحيل حتما الحصول على عقود مملكة تكون حجة على أفراد الغير . ولكن لعل هناك تعليلا أوجه من الوجهة القانونية من حيث تبرير هذه القاعدة المتقدمة وسيأتى القول عليه حالا . على أنه يجب أن نسارع هنا الى ملاحظة أنه ليس من المستحيل ربط القاعدة المقررة فى هذه الحالة الثانية التى نحن بصددها ، مع القاعدة التى تقررت بالحالة الاولى المتقدمة . ذلك أننا لاحظنا فى حالة تتابع اليد المختلفة على عقار واحد وجب تفضيل اليد الاكثر أقدمية اذا تأيدت بسند[1] وفى حالتنا هذه الحاضرة قد يرى أن لدى واضع اليد سنداً أقدم ولكن ليست له يد سابقة على العقار . ولكن أليس يرى مع ذلك فى هذه الحالة الثانية أن هناك وضع يد مفترض وجوده [2] لدى المدعى صاحب سند التمليك ، وذلك لأنه يستفاد من المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى، القائلة بانتقال الملكية بين المتعاقدين بمجرد التعاقد (أنظر أيضاً المادة ٩١/١٤٥ مدنى وكذلك المادة ٩٢/١١٨ مدنى) أنه بمجرد حصول التعاقد بين الطرفين يفترض حصول تغيير فى اليد فتزول يد المملك وتحل محلها يد المشترى ، أى يحصل تغيير صورى فى اليد[3] : بمعنى أن يد المشترى تعتبر عقب التعاقد هى اليد القائمة على العقار ، وأن يد البائع قد زالت بالعقد . اذا علم ذلك أمكن حينئذ ربط هذه الحالة الثانية بالحالة الاولى أى الاستعانة بدعوى الملكية الصورية الرومانية فى حل الحالة الثانية[4]

٦٨٩ — الحالة الثالثة : اذا فرض وان بكرا واضع يده على العقار. وجاء خالد وادعى ملكيته للعقار ولم يسبق له أن وضع يده على العقار ، وقدم سنداً

---

(١) titre (٢) possession sous-entendue

(٣) ensaisinement fictif (٤) كابتان ص ١٠١٠

بتملكه له . ولكن بكراً قد قدم أيضاً سنداً بتملكه للعقار . أى يحصر النزاع بين سندين . ويجب هنا فى حل هذه المشكلة ضرورة الرجوع الى الحالتين السابقتين، مع ملاحظة التفرقة الآتية :

أولا — اذا فرض وصدر العقدان ، أى العقدان المملكان ، من شخص واحد وجب الاخذ فى الافضلية باسبقية التسجيل ، اذا كان العقد من العقود الخاضعة للتسجيل ، مع ملاحظة حسن النية

ثانياً — واذا فرض وصدر العقدان من شخصين مختلفين فقد ذهب جمهور من أحكام القضاء الفرنسى الى القول بأفضلية الاقدم فيهما [1] ولكن يظهر أن الرأى الأصح والذى يؤيده العقل والمنطق أن تعمل المقارنة لا بين المشتريين بل بين البائعين بالذات (المواد المتقدمة٩١/١٤٥ مدنى و٩٢/١٤٦ مدنى و١١٣٨ فرنسى) وعلى ذلك اذا فرض وادعى خالد الملكية ورفع الدعوى على بكر واضع اليد فلا سبيل لنجاح المدعى خالد فى دعوى تثبيت ملكيته للعقار المتنازع فيه الا اذا أقام الدليل على احتمال نجاح مملكه فيما اذا رفع هذا الاخير دعوى تثبيت الملكية على المملك لبكر ، وذلك اما باعتبار أن يد المملك لخالد كانت أقدم من يد المملك لبكر وان يده كانت أكثر رجحانا فى سبيل التملك بالتقادم من يد المملك لبكر ، أو باعتبار أن لدى المملك لخالد سند تمليك بينما لا يوجد تحت يد المملك لبكر سند تمليك ما . وأما اذا لم يستطع خالد اثبات ملكية مملكه باحدى هاتين الصورتين ، برجحان وضع يد مملكه أو بتقديم السند المملك لمملكه ، فانه لا يقضى له بالملكية قبل خصمه بكر واضع اليد الحاضر على العقار . وعلى ذلك تظل يد هذا الاخير باقية على هذا العقار [2]

---

(١) د ، ٩٦ ، ٢ ، ٢٣٠ — د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٢٢٢٩ . وتبعه فى ذلك أيضاً القضاء المصرى: ج ع ١ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٥ و ٣٣٤٧

(٢) محكمة النقض والابرام بباريس د ، ٩٠٨ ، ٣١٣١ ومقال Ripert — س ، ٩١٠ ، ١ ، ٣٨٨ وقالت محكمة النقض بأنها اذا تعارض سندا تمليك الخصمين وجب عدم الاخذ بهما وضرورة الرجوع بالحكم فى الدعوى الى الظروف الخاصة بها .

ومما مر يرى أن الرأى فى هذه الحالات المختلفة انما يستحيل فى النهاية الى ضرورة عمل مقارنة بين يدين على العقار ، يد حقيقية ، ويد صورية .

على أنه يمكن وضع قاعدة عامة بعد استقراء هذه الاحكام المختلفة للقضاءين الفرنسى والمصرى ، وهى القاعدة التى قال بها ابرى ورو[١] ذلك أنه اذا أراد المدعى فى دعوى تثبيت الملكية اثبات ملكيته قبل المدعى عليه واضع اليد الحاضر على العقار فلا حاجة له الى تتبع اثبات الملكية لدى المملكين له على التعاقب وهم المملكون لبعضهم البعض ، انما كل ما يجب عليه فى هذا الشأن أن يقيم الدليل فقط على أن حقه أفضل[٢] وأكثر رجحانا[٣] عن حظ خصمه

٦) فى المسوغ العلمى لنظرية القضاء

٦٩٠ — ان مذهب القضاء ولو أنه ذو نتائج عملية مفيدة الا أنه يظهر أن أدلته فى تقرير مذهبه ضعيفة أو غير كافية . ويلاحظ لاول وهلة على هذا القضاء دعوى أنه اتبع التقاليد التاريخية القديمة وراعى حماية المدعى بتلك الميزة التى عرفت بها الملكية الصورية الرومانية[٤]. وذلك لانه فى اعفاء القضاء للمدعى من اثبات ملكية المملك له وملكية المملك للمملك له وهكذا ، وهو ما تقضى به المبادئ العامة القانونية البحت ، وفى قصر النزاع على مجرد عمل مقارنة بين يدين على العقار ، انما يستحيل ذلك كله الى القول بأن القضاء اتخذ طريقة فى الحكم تشبه كل الشبه طريقة الملكية الصورية الرومانية . ولكن الحقيقة أن هذه الطريقة القضائية العصرية لا تحكى الطريقة الرومانية المذكورة . لانه لو كانت تحكيها

وغرض محكمة النقض من الظروف الخاصة بالدعوى انما هو الرجوع حتما الى احدى الصورتين اللتين أشرنا اليهما من حيث تملك المملك لخالد العقار ، من طريق رجحان يده على يد المملك لبكر أو من طريق وجود سند تمليك لديه — كابتان س ١٠١٠

(١) ج ٢ ن ٢١٩ الطبعة الخامسة (٢) dorit meilleur (٣) plus probable

(٤) action publicienne

لترتب على ذلك ضرورة أن تتوافر فيها شروط الملكية الصورية الرومانية. وهذا لا يمكن القول به

على أنه يجب مع ذلك ملاحظة أنه يوجد بهذا المذهب القضائى الجديد شرط من شروط مذهب القضاء الرومانى فى تقرير الملكية الصورية ، وهو شرط حسن النية لدى المدعى فى دعوى تثبيت الملكية . ذلك لانه من المستحيل الحكم لهذا المدعى بالملكية اذا تبين أنه كان سيئ النية فى وضع يده ، أو أنه تملك من غير المالك الحقيقى[١] . ولقد سبق لنا أن رأينا أنه فى حالة تنازع الايدى المتتابعة على عقار واحد[٢] يجب أن لا يقضى لمن كانت يده اكثر أقدمية عن يد خصمه الا اذا كانت يده أكثر رجحاناً وأظهر أمارة فى وضع اليد[٣] . ولا شك فى أن من أكبر مظاهر هذا الرجحان انما هو حسن النية . ولا بد للمدعى فى دعوى تثبيت الملكية أن لا يكتفى فقط بتقديم عقد تمليكه بل يجب عليه فوق ذلك اثبات حسن نيته . والا ترتب على عدم اثبات حسن النية ، مع شرط تقديم عقد التمليك ، نتيجة غريبة . ذلك أنه يكفى لمن أراد أن ينزع عقاراً من واضع اليد الحاضر والذى لم يكن لديه سند تمليك أن يذهب ويتواطأ مع المالك القديم ويستصدر منه عقد بيع فى الوقت الذى لم يكن لهذا المالك القديم حق ما على العقار . وهذا لا يمكن قبوله والا كان ذريعة لترويج الغش والتدليس بين الافراد[٤]

ولكن اذ كنا قد لمحنا تشابهاً بين دعوى تثبيت الملكية الحاضرة ودعوى تثبيت الملكية الصورية الرومانية من حيث شرط حسن النية فان هاتين الدعويين يختلفان فيما يتعلق بشرط السبب الصحيح[٥] . ذلك اننا لاحظنا على القضاء أنه يشترط غالباً على المدعى فى دعوى الملكية ضرورة تقديم سند التمليك ، بل كان يكتفى بتكليف المدعى باثبات سبق مجرد وضع يده . وفى حالة ما اذا قدم المدعى سند التمليك فان القضاء الفرنسى جرى أخيراً على أن لا يشترط فى ذلك السند

---

(١) non dominus (٢) possessions successives

(٣) mieux cacratérisée (٤) كابتان ص ٣٠١١ (٥) justa causa

أن يكون فى ذاته ناقلا للملكية [١] ، وفعل ذلك كما كان يفعل الرومان من قبل أيضاً . وبناء على ذلك أخذ القضاء الفرنسى يعتبر من ضمن السبب الصحيح فى دعوى النزاع فى الملكية فى الوقت الحاضر العقود المظهرة [٢] أى المؤيدة للحقوق السابقة كالقسمة والحكم [٣]

واذا كان رأى هذا القضاء مقبول فيما يتعلق باعتبار العقود المظهرة سبباً صحيحاً من حيث الاثبات فى دعوى الملكية العصرية ، فانه مما لا يقبل بلا غرابة اعتبار الاحكام كذلك ، لما هو معروف فى أن للاحكام قوة لا تخرج عن حيز أصحابها ، أى ان للاحكام قوة نسبية تحكى القوة النسبية للعقود من حيث حصر الأثر القانونى فى كل على طرفى العقد والحكم . ولكن لا يفوتنا هنا القول بأنه سبق أن قررنا عدم الاخذ بنظرية نسبية العقد فى حالة ما اذا كان العقد خاصاً بالتمليك ، اذ قلنا بأن العقود المملكة مطلقة أى حجة على الكافة . ويجب أن يكون الامر كذلك أيضاً بشأن الحكم القاضى بالملكية ، فانه يجب أن يكون أيضا نافذاً على الكافة . على أننا اذا نظرنا فى حالة ادعاء خالد للملكية واستناده فى دعواه ضد بكر المدعى عليه على حكم صدر لمصلحته بشأن العقار ضد شخص ثالث ، فانه لا محل هنا أيضاً للقول بالمساس بقاعدة نسبية الاحكام أيضاً . ذلك لأنه لاجل القول بالمساس بقاعدة نسبية الاحكام لا بد أن يترتب ذلك منع بكر وحرمانه من الدفاع ضد هذا الحكم الذى يستند اليه خالد . والواقع خلاف ذلك . اذ الذى يحصل عادة فى مثل هذا الظرف ، هو أن الحكم المقدم من خالد يجعله فى مركز أقوى من

---

(١) acte translatif (٢) actes déclaratifs

(٣) د ، ٦٦ ، ١ ، ٥ — س ، ٦٦ ، ١ ، ٢٠٥ . — وعلى الاخص الحكم الآتى : د ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤١ . — س ، ٩٠٥ ، ١ ، ٣٣١ اذ قرر بأنه يجوز للمدعى فى دعوى تثبيت الملكية أن يقيم الدليل على ملكيته بجميع العقود المثبتة لحقه ، ولا فرق فى ذلك بين العقود المظهرة والعقود المثبتة declaratif translatif كابتان ص ١٠١١

مركز خصمه بكر ، ولكنه لا يحول مطلقاً دون تمكين بكر من الادلاء بادلة اثبات ينفى بها قوة هذا الحكم ، ومن تمكينه على الاخص من تقديم عقد صادر من شخص آخر . وعلى ذلك لا يحرم بكر البتة من حق نفى الاثر المترتب على الحكم المقدم من خصمه خالد المدعى . ولا يمكن بحال أن يترتب على تقديم الحكم من جانب خالد القضاء فى الحال على حق خالد . أى أنه لا يملك الشخص الاجنبى الصادر ضده الحكم فى مصلحة خالد ، أن يؤثر على حق بكر . وكل ما يترتب على الحكم من الاثر هو أن يجعل لخالد مقدم الحكم أثراً ظاهراً من حيث الافضلية . يعنى ان الحكم يجعل خالداً فى موقفه ازاء بكر أدعى لحمايته من هذا الاخير . أى أنه يترتب على تقديم الحكم الاضرار بموقف بكر[1] والتأثير عليه بحيث يجعل أمر الحكم له مشكوكا فيه كثيراً . ولذا يجوز هنا لبكر أن يدخل خصما ثالثاً فى الدعوى ان كانت مقامة بين خالد والشخص الآخر الاجنبى حتى يحول بدخوله الحكم لمصلحة خالد اذا استطاع ذلك[2]

فى مذهب القضاء والقواعد العامة

المقررة فى الاثبات

٦٩١ — برغم هذا التشابه الكبير بين دعوى تثبيت الملكية الرومانية والدعوى العصرية الحاضرة المقررة بمعرفة القضاء الحاضر ، فانه لا محل مع ذلك للقول بان القضاء فى الوقت الحاضر عمل على الاخذ باحكام دعوى الملكية الرومانية . بل يمكن القول بان القضاء الحاضر رجع فى تقريره لدعوى الملكية الحاضرة الى الاحكام المقررة فى نظرية الاثبات

وربما لا يكون هنا محل للقول باتهام القانون المصرى الحاضر كما اتهم القانون الفرنسى من قبل ، بشائبة النقص لعدم ورود أحكام اثبات الملكية فيه بجانب

---

(١) préjudicier

(٢) د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٨٣ . — كابتان ص ١١٠٢

اثبات الالتزامات . ذلك لان القانون انما قام بتقرير أحكام اثبات العقود[1] والوقائع أيضاً[2] وهى الوقائع التى يترتب عليها تولد الحقوق . أما اثبات الوقائع والاعمال المجردة فالاثبات فيه حر غير مقيد ويجرى بجميع أوجه الادلة الممكنة وعلى الاخص بالقرائن والامارات البسيطة[3] أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى و ١٣٤٨ فرنسى القائلة بانه لا يؤخذ بقيود الاثبات الا فى حالة « الاخصام الذين لم يكن لهم مانع منعهم من الاستحصال على كتابة » وعلى ذلك يجوز أن تترتب الملكية على مجرد فعل[4] ، أى وضع يد طويل ، أو التصاق . أو تترتب على عقد كالبيع أو الهبة أو البدل وهكذا . وعلى ذلك اذا ادعى المدعى فى دعوى الملكية بان حقه مترتب على فعل جاز له الاثبات بالقرائن البسيطة . وأما اذا ادعى على العكس ، وهو ما يحصل غالبا ، بان ملكيته مترتبة على عقد بيع أو هبة أو بدل ، فانه ربما يفهم فى تلك الحالة ولاول وهلة بانه أصبح محكوما من حيث الاثبات بالقاعدة المقررة بالمادة ٢١٥ السابقة ، أى يلزم بتقديم هذا العقد المملك له . ولكن حقيقة الواقع على خلاف ذلك . لان الاخذ بالمادة ٢١٥ المذكورة انما لا يكون الا فيما بين المشترى والبائع والواهب والموهوب له . وأما فى علاقة المشترى والموهوب له بجماعة الغير[5] فانه لا محل للاخذ بالمادة ٢١٥ . وعلى ذلك يجوز لمدعى الملكية الاستعانة بجميع أوجه الاثبات الممكنة لاقامة الدليل على ملكيته . وذلك لان المادة ٢١٥ أباحت ضمنا الاثبات بالقرائن فى كل حالة استحال فيها على صاحب الشأن الحصول على سند كتابى (راجع المادة ١٣٤٨ مدنى فرنسى) . ولقد استحال هنا على مدعى الملكية الحصول على سند تمليك حجة على الكافة أى على جميع الناس ، لانه لا يستطيع الحصول على عقد سوى ذلك العقد ذى الاثر النسبى فقط ، وهو عقد البيع مثلا الحاصل بينه وبين المملك له ، وهو ليس حجة على الغير بالمعنى الدقيق

اذا علم ذلك أمكن القول بصحة ما ذهبنا اليه فى أن مذهب القضاء الحاضر

---

(١) actes (٢) faits (٣) indices simples (٤) fait (٥) tiers

فى دعوى تثبيت الملكية الحاضرة لم يكن هو مذهب الملكية الرومانية برغم التشابه الحاصل بين الاثنين . بل هو راجع الى القواعد العامة المقررة فى الاثبات .
فاذا جاء المدعى فى دعوى تثبيت الملكية الحاضرة ونازع واضع اليد الحاضر على العقار وادعى سبق وضع يده على نفس العقار ، أو قدم سند تمليك قديم (وهذا السند مع ذلك ليس حجة فى ذاته على واضع اليد الحاضر) أو استند الى قسمة أو الى حكم ، مع أن القسمة والحكم ليسا ناقلين للملكية : اذا حصل ذلك من المدعى فانه لا يمكن أن يقال هنا بأنه قدم أدلة الاثبات بالمعنى الصحيح الدقيق . بل كل ما أدلى به هذا المدعى انما هو الادلاء بقرينة بسيطة أو أمارة عادية من شأنها تكوين عقيدة لدى القاضى فى مادة يباح فيها لهذا القاضى الأخذ بالقرائن البسيطة طبقاً للقواعد العامة . ولم يخرج وضع اليد الحاضر للعقار عن كونه هو أيضاً مجرد قرينة بسيطة فى مصلحته . كما أن ثبوت سبق وضع يد المدعى على العقار قرينة بسيطة أيضاً مقررة فى مصلحة هذا المدعى . وتفضل قرينة المدعى على قرينة المدعى عليه اذا امتازت عليها برجحان الأثر الخارجى لوضع اليد ووفرة الأمارات الدالة على وضع اليد المملك بالتقادم[1]، أى اذا كان وضع اليد السابق للمدعى أقوى وأرجح من وضع اليد الحاضر. والسند المكتوب قرينة أقوى من مجرد وضع اليد البسيط . وهكذا . على ان للقضاء سلطاناً لا حد له فى تقدير القرائن على شرط أن لا يأخذ منها الا ما كان ممتازاً بالوضوح والجلاء وظهور الأثر[2]

وعلى ذلك يمكن تعديل التعريف الذى قرره أبرى ورو والاستعاضة عنه فى عبارة « اثبات الحق الافضل والاكثر احتمالا » بهذه العبارة وهى « الادلاء بقرائن واحتمالات أظهر أثراً وأوقع من مجرد وضع اليد »[3]

---

(١) possession mieuxcaracterisée (٢) كابتان ص ١٠١٣
(٣) كابتان ص ١١٠٣

٨) فى اثبات الملكية المصرية

من الوجهة العملية

٦٩٢ — أصبحت الملكية المصرية بعد سنة ١٨٩٦ حرة لدى أصحابها فلا خراجية ولا عشرية ولا رقبة للحكومة ولا منفعة للاهالى بل الاثنتان لهؤلاء

وللملكية بمصر سجلات ليس الغرض منها اثبات الملكية لاصحابها اثباتاً مطلقاً لا يقبل طعناً ، كما هو الحال بشأن السجلات العقارية المزمع انشاؤها بمصر ، انما اذا استحال أو تعذر اعتبار هذه السجلات أدلة اثبات على الملكية فهى على الاقل قرائن للملكية . وبيان ذلك :

سجلات التكليف: لا نعود هنا الى ما سبق أن قررناه بشأن انشاء المكلفات أى السجلات التى أنشأها محمد على عقب مسح الاطيان . ولقد مسحت الاطيان المصرية مرة ثانية ابتداء من سنة ١٩٠٢ وانتهت عملية المسح سنة ١٩٠٧ . وتسمى هذه العملية بعملية فك الزمام اذ كانت تقاس الارض فى أطوالها وأعراضها وتبين بالحوض والنمرة والناحية والمركز والمديرية ويرصد ذلك بسجل خاص بعد بيان ذلك كله برسم يسمى بخريطة فك الزمام

والغرض الاول للحكومة من هذه المكلفات انما هو معرفة صاحب الارض كى تطالبه بدفع الاموال المطلوبة للحكومة وتسلمه ورداً ، أى ورد المال ، وهو ورقة يبين فيها المبلغ المدفوع وعن أى قسط وعن أى سنة واسم الدافع مالكا كان أو مجرد حائز للأرض

ويجوز لكل فرد الحق فى طلب صورة من المكلفات ببيان الاطيان المكلفة باسمه أو باسم أى شخص آخر

ولا تسأل الحكومة عن تعويض فيما اذا كلفت الأرض باسم معين بناء على عقد تقدم لها وبرغم المعارضة الحاصلة من الغير فى نقل التكليف لأنها ليست مختصة بالفصل فى صحة العقد أو عدم صحته[1] ولا يجوز للدائن المرتهن رهناً

(١) ج ع ٣ ص ٤٩٥ ن ٥٠٢٣ . — وانظر ايضا ص ٢٦٣ ن ٢٧٥٧

رسمياً التدخل فى دعوى نقل التكاليف القائمة بين مدينه والحكومة لان التكليف مجرد عمل تقوم به الحكومة فى سبيل تسهيل عمل جباية الاموال والضرائب[١]

ويرى القضاء أنه يجوز له الزام الحكومة بنقل التكليف باسم شخص معين والا قضى عليها بتعويض يومى عن كل يوم يمضى ولا يحصل فيه نقل التكليف . ويرى القضاء فى مذهبه هذا أنه لا يعمل على اكراه الحكومة على القيام باجراء عمل ادارى معين بالمعنى الصحيح . انما هو يلزم الحكومة بالقيام بالتزاماتها نحو الافراد فى أن تمكنهم جميعاً من الاستفادة من مزايا التكليف حتى لا يكون من وراء امتناع الحكومة عن نقل التكليف أن تجعل بعض الافراد متمتعين بمزايا القانون والبعض الآخر محرومين منه[٢] . ويرى أنه وان كان الغرض من دفاتر التكليف فى الاصل تنظيم جباية الاموال الا أنها أصبحت الآن دفاتر عمومية يهم ملاك الاراضى أن تدرج أسماؤهم فيها . وعلى ذلك فلا تكون المادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية مانعة من اختصاص هذه المحاكم فى الحكم بالزام جهة الادارة بنقل التكليف لاسم شخص معين[٣] . على أن القضاء سبق له أن قضى بعكس ذلك[٤] ويرى انه يكتفى بالحكم بتعويض[٥] وفى نظرنا أن وجهة النظر الاولى أصح

٦٩٣ — ونرى هنا ضرورة الالمام من طريق الايجاز بالمبادئ القانونية الرئيسية التى اعتمد عليها القضاء المصرى فى اثبات الملكية . وهى :

١) ان المدعى عليه واضع اليد لا يلزم باثبات ملكيته للعقار . انما يكلف بذلك المدعى . فاذا أدلى المدعى بادلة وجب على المدعى الاخير نفيها . وأما اذا

---

(١) ج ع ٣ س ٣٠٤ ن ٣١٥٧ (٢) ج ع ٢ س ٤ ٢ ن ٢١٦٧

(٣) حكم استئنافى أول مارس ١٩١٩ م ر ١ ، ٢٠ ص ١٣٧ عدد ١٠٤ وانظر الاحكام العديدة الواردة به . — استئناف ٢٨ مايو ١٩١١ م ر ١ ، ١٢ ص ٢٢٧

(٤) م ر ١ ، ٩ عدد ٥٨ (٥) ج ع ٣ س ٣١٠ ن ٣٢٤٨ . — ج ع ١ س ٣٠٩ ن ٣٩٤٦ .

عجز المدعى عن اثبات الملكية استقرت يد المدعى عليه على العقار [1]

على أننا نلاحظ أن هذه القاعدة وان كانت صحيحة فى ذاتها من الوجهة القانونية البحت ، الا أن العمل يجرى على أن لا يلتزم المدعى عليه الصمت فى الدعوى بل يدلى هو أيضاً بما لديه من الادلة . وتصبح الدعوى صراعا بين الطرفين كل يدلى بحجته ويعمل على اثبات قوتها والاضعاف من قوة حجة خصمه . ويعمل القاضى وقتئذ على توازن الأدلة فيما بينها فمن رجحت أدلته قضى له

٢) لا يستفيد المدعى عليه واضع اليد من وضع يده اذا قدم المدعى سنداً بتملكه للعقار سابق التاريخ على وضع يد خصمه ، الا اذا أقام المدعى عليه الدليل على أن يده استمرت قائمة على العقار مدة التقادم القصير بسبب صحيح وحسن نية [2]

٣) ان وضع يد أرشد العائلة [3] على الاطيان المخلفة عن المورث طبقاً لمرسوم ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٨٥ ه الذى الغى قانون الملكية فى الاراضى ، وهو القانون الذى كان يبيح تقسيم الاراضى على الورثة (المادة ٢ منه) ، لا يجعله مالكا وحده لهذه الاراضى ، بل هى ملك الورثة [4] وعلى ذلك تكون يده على الاراضى يدا نيابية عن بقية الورثة فيما يتعلق بانصبتهم . ولذا لا يتملكها بالتقادم مهما طال أجل يده . ويغلب أن يتولى أرشد العائلة المكلفة باسمه الاطيان الصرف على الورثة أو تسليمهم من وقت لآخر شيئاً من انصبتهم فى الغلة . ولكن اذا حصل تكليف الارض باسم الارشد فى حال حياة رب الاسرة ومسحت الارض وتقيدت باسم هذا الاخير فى حال حياته أيضاً وكان الاثنان فى معيشة واحدة ، دل ذلك على أن ملكية الاطيان روكية بين الأب والابن [5] . واذا تكلفت الاطيان باسم الارشد فى حال حياة زعيم البيت فلا تعتبر الاطيان ملكا لهذا الاخير لأن

(١) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٦١ . — ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٣ . — ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٨٣ و ٤٦٨٥

(٢) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٧٦

(٣) aîné

(٤) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٦٨

(٥) ج ع ١ ص ٢٨٠ ن ٣٥٧٧

القرينة على ملكية لا يؤخذ بها الا اذا حصل التكليف بعد وفاته[١]

٤) يجوز فى دعوى الملكية الاستناد الى الادلة التى تثبت دعوى وضع اليد وهى الدعوى التى ترفع عادة قبل دعوى الملكية [٢] . ولذا يحسن فى هذه الحالة ضم ملف الاولى للثانية .

٥) يجوز اعتبار عقد القسمة بين الورثة دليل الملكية فى مصلحة أحد المقتسمين [٣]

٦) ان تكليف الارض باسم أحد الافراد قرينة على ملكيته لها . وهى قرينة تقبل الدليل العكسى[٤] وعلى ذلك لا عبرة بالتكليف اذا ثبت وضع يد الغير على الاطيان وضعاً ماديا فعليا قبل وبعد التكليف [٥] اذ يحصل أن يتملك الفرد أرضاً دون أن تكون مكلفة باسمه [٦] . ولم يخرج التكليف عن كونه تأشيراً يحصل بالمكلفات بناء على العقد المقدم من صاحب الشأن للادارة دون أن تبحث الادارة فى صحته أو عدم صحته [٧] والغرض من دفاتر التكليف غرض مالى لمعرفة المتمولين[٨] وعلى ذلك لا يمس التكليف الحقوق المقررة لاصحابها[٩] واذا تكلفت الاطيان باسم الابن ولم يستطع اثبات مصدر الملكية وكان الاب قد تسامح فى تكليف الارض باسم الابن ، لما كان مشهوراً فى ذلك الحين ، حتى لا تحوم حوله شبهات الحكومة ، وثبت أن الاب كان يدفع من مرتبه رسوم الايلولة للبعض الموروث من هذه الاطيان ، اعتبرت الاطيان حينئذ ملكا للأب دون الابن

٧) ان رخصة التنظيم المعطاة من مصلحة التنظيم لطالبها لا تعتبر سنداً على الملكية ، انما يمكن الاستعانة بها فى تعيين تاريخ أول مدة التقادم[١٠] . واذا أعطت

---

(١) ج ع ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٥
(٢) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٦٩
(٣) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٧٠
(٤) ج ع ص ٢٨٠ ن ٣٥٧٢ . ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥٢ و ص ٣١٣ ن ٣٣٥٦
(٥) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥٤
(٦) ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٧٧
(٧) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٧٣
(٨) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٧٤
(٩) ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٧٦
(١٠) ج ع ١ ص ٢٨٠ ن ٣٥٧٤

وزارة الداخلية رخصة بانشاء محل عمومى بقطعة أرض معينة فلا يدل ذلك على أن الوزارة بحثت فى ملكية الارض المذكورة ، اذ لا صفة لها فى أن تفصل فيما اذا كانت الارض ملكا للافراد أو للحكومة [١]

٨) ان حجة الايلولة التى يحررها القاضى الشرعى للورثة بناء على طلب هؤلاء الاخيرين وباملائهم دون أن يكون للقاضى أثر فى تحقيق ما يقررونه من حيث اثبات ملكية المورث ، لا تعتبر سند تمليك [٢] وكذلك حجة الوقف لا تعتبر سند تمليك اذا لم يتبين بها بوجه صريح مؤيد بأدلة الملكية الاصلية [٣]

٩) ان الملكية لا تزول عن صاحبها بعدم استعماله لها طالما انه لم يتقرر للغير حق على العقار. ولا تسقط دعوى تثبيت الملكية بالتقادم [٤] ولذا لايلزم هنا مدعى الملكية باقامة الدليل على بقاء يده على العقار ، اذ يتملك بمجرد توافر شرط نية التملك [٥] . وعلى العكس من ذلك يلزم المدعى عليه باقامة الدليل على تملكه للعقار [٦]

١٠) اذا تقدم سندا ملكية عن عقار واحد وجب تفضيل الاقدم فيهما على الآخر وذلك فيما اذا لم تتقدم أدلة أخرى [٧]

١١) لمدعى الملكية أن يستدل على ملكيته من نفس سند خصمه باعتبار أن ما جاء بهذا السند قرينة على الملكية [٨]

١٢) لا تملك الحكومة اعتبار أرض من زوائد المساحة [٩] والتصرف فيها باعتبارها ملكا لها وداخلة ضمن الأراضى المباحة [١٠] اذا تبين بانه سبق للغير أن تقررت له حقوق عليها [١١]

---

(١) ج ع ٣ س ٤٤٢ ن ٤٦٧٢ (٢) ج ع ١ س ٢٨٠ ن ٣٥٧٥
(٣) ج ع ١ س ٢٨٠ ن ٣٥٧٦ (٤) دى هلس ج ٣ ص ٥٦٦ ن ١٣
(٥) solo animo (٦) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٢ . — دى هلس ج ٣ ص ٤٣٣ ن ١٠ (٧) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٥ و ٣٣٤٧ (٨) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٩ . — ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٧ (٩) excédents d'arpentage
(١٠) biens libres (١١) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥٠

١٣) لا يعتبر الاعلام الشرعى سند تمليك بل يستعان به فقط فى بيان أنصبة الورثة [١]

١٤) ان ورد المال لم يخرج عن كونه ايصالا يعطى لمن دفع المال مالكا كان أو غيرمالك . وعلى ذلك لايعتبر سنداً للملكية [٢] ولا دليل اثبات لها لانه يحتمل أن يدفع المال مجرد الحائز للارض [٣]

١٥) يجوز أن تكون ملكية النخيل [٤] بطريقة مستقلة عن ملكية الارض أى أنه لا يجوز اعتبار سند ملكية النخيل سنداً لملكية الارض المقام عليها [٥] اذ يجوز أن يكون المالك للنخيل هو غير المالك للارض الموجود بها

١٦) انه وان كانت الحكومة معفاة من اثبات ملكيتها للارض المباحة المفروض تملكها لها بقوة القانون ، الا أنه لا محل لهذا الاعفاء من الاثبات اذا وجدت قرائن عكسية تتعارض مع حقها [٦]

١٧) ان حكم مرسى المزاد لا يعتبر سنداً للملكية اذا لم يتأيد بالتقادم . وعلى ذلك يجب على صاحب الحكم اقامة الدليل على ملكية من نزعت ملكيته [٧]

---

(١) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥١ . — ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٨١

(٢) ج ع ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٧ (٣) ج ع ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٨ و ٣٣٥٩ . — ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٧٨ — ٤٦٨٠

(٤) dattiers

(٥) ج ع ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٦٠ (٦) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٦

(٧) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٨

تم الكتاب

فى الاموال

ص

ص

فى انقضاء الحقوق العينية . ٩٦٧

ص

في الضمانات القضائية المقررة لحماية الحقوق العينية ٩٨٧

انتهى الفهرس

جدول الصواب والخطأ

يحسن بالقارئ أن يسارع الى تصحيح الأغلاط قبل البدء فى مطالعة الـكتاب

ص	سطر	الخطأ	الصواب
٨	١٩	التاسع والعاشر	التاسع عشر
١٧	١٠	وجزءا منه	وصارت جزءا منه
١٨	٢	الماده ٢٥٤	المادة ٥٢٤
٢٦	حاشية ٩	industel	industriel
٣٤	٨	٨ / ١٥	١ / ١٥
٥٢	٨	الحكومة	للحكومة
٦٣	٦	توجيهها	توجبها
٦٤	١	حق	حتى
٦٥	٢ فى حاشية ٦	الاملاك الخاصة	الاملاك العامة
٧١	٥	للعين	للغير
١١٠	٤	بنا	بنى
١١٩	٣	بعد	بعدم
١٢٤	١٣	التى يدفع	التى لم يدفع
١٢٤	٢٢	الرقيعة	الرقيقة
١٢٧	١١	على المالك معطل	على العقار معطل
١٢٨	١٣	حق الملك	حق الحبس
١٤٣	١٦	اعتدائه لصاحب	اعتدائه ضرر بصاحب
١٤٥	٤	٢٤	٣٤
١٥٠	٥	المرسل اليه	المرسل
١٥٥	١٠	المرسل	المرسل اليه
١٥٧	١٠	المرسل	المرسل اليه
١٧٢	١٦	الزقازيق	زفتى
١٧٥	١٢	مياههم	مياهه
١٧٧	١٥	ممار	ممر
١٧٧	بالحاشية	بواسطة استعمال	بغير استعمال
١٨٢	٧	٤٤	٥٤
١٨٢	١٢	مياه	مياهه
١٨٤	٣	٢٤	٣٢
٢٠٥	٥	٢٥ سنة	١٥ سنة
٢٣٠	٢	٢٠	٤٠
٢٣٥	٤	بسبب	باعث
٢٤٨	١	المناظر يراعى الخلوية	بالمناظر الخلوية
٢٦١	٤	شرط التصرف	شرط عدم التصرف
٢٨٣	١	على من يكون	على طلب من يكون له
٢٨٩	١٦	١٠٢	٢٠١
٣٠٥	٤	لمنو سقوط العلو	لمنع سقوط العلو المملوك لغيره
٣١٤	٢	العمل	العمق
٣٢٠	١٠	الموصى	الموصى اليه
٣٤٢	١٣	يلتزم	يزول
٣٤٢	١٤	يزول	يلتزم

ص	سطر	الخطأ	الصواب
٣٧٣	٩	انما يكون	انما لا يكون
٣٧٣	١١	المادة ٥٣ مختلط	المادة ٣٥ مختلط
٣٨٧	١٣	المذهب الاول	المذهب الثانى
٤٢٧	١١	المستترة	المستمرة
٤٢٩	٥	بدل القول	تغير الحال
٤٤٥	١٠	المهمات	الانقاض
٤٦٠	٢	بعد عبارة حسن النية	يضاف (أو سوء النية)
٤٧٣	١٦	شخص واحد	شخصين
٥٠٥	١٤	نقداً	نزول
٥٣٢	٤	قاطع	مانع
٥٤١	٧	مونورى	موريوندو
٥٧٠	١١	مظهر للحق لا مثبت له	مثبت للحق لا مظهر له
٥٧٣	١٨	الا	(تحذف هذه الكلمة)
٥٧٣	١	دعوى الواهب	دعوى الموهوب اليه
٦١٥	٤	صادر من مالك	(تحذف هذه الجملة)
٦١٧	٦١	لذمته	لمدته
٦١٨	١٥	النتائج النية	النتائج الآتية
٦٣٧	٢	الموهوب	الواهب
٦٥١	١٢	للمشفوع	للمشفوع منه
٦٥٤	١٣	مقسوماً	مشاعاً
٦٥٥	١٤	الموروث	المورث
٦٥٧	١٥	المشترى	الشفيع
٦٦٣	١٣	لكافة العقار	لكافة الشفعاء
٦٦٤	١٥	الرجوع مع	الرجوع على
٧٠٥	٦	المشترى من المشترى	المشترى من البائع
٧٠٨	١٦	يطعن فى العتة	يطعن في العقد
٧٥٥	٨	الشفيع	المشترى
٧٦٣	٥	يعارض	يعرض
٧٦٥	١١	الشراء من جهة المشترى	البيع من جهة البائع
٧٩٠	٩	متعينة	منتفية
٨٣٩	١٨	ثلاث سنوات	ثلاث سنوات والايجار فى حالة الرهن الحيازى العقارى
٩٠٤	١٩	الحقوق	العقود
٩٠٥	٧	القيود	العقود
٩٣٧	١٦	على المورث	مع المورث
٩٤٧	١	السلب	الايجاب (المادة ٤٠٨ ، ٤٦٩ مرافعات)
٩٦٨	٥	مستلم	مسلم
٩٦٩	٧	الشفيع	المنتفع


Bibliotheca Alexandrina
02245823